

Transparencia y Publicidad en el Arbitraje de Inversión

*Ignacio Torterola**

SUMARIO

1. Algunas Consideraciones Introductorias. 2. Transparencia y Publicidad en el Arbitraje de Inversión. 2.1. La Obligación de Transparencia y Publicidad en los Actos de Gobierno. 2.2. La Naturaleza Pública del Arbitraje Inversor-Estado. 2.2.1 Antecedentes Históricos. 2.2.2. La Práctica de los Tribunales de Inversión. 2.2.3. Resolución de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN. Metalclad, Loewen, Methanex UPS. 2.2.4. Aguas del Tunari c. Bolivia y AASA y APSF (Suez) c. República Argentina. 2.2.5. La reforma de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2006 BiWater Gauff. 2.2.6. El Artículo 34(5) de las Reglas de Arbitraje CNUDMI 2010. 2.3. Hacia la Conformación de un Cuerpo Jurisprudencial. 3. Conclusiones.

- * Ignacio Torterola es abogado argentino. Desde el año 2000 es Miembro del Cuerpo Diplomático Argentino. A partir del año 2003 ha trabajado desde el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Procuración del Tesoro de la Nación como abogado en los casos relacionados a la emergencia económica en Argentina, entre ellos los casos *CMS* (Anulación), *Eorra* (Anulación), *Sempra* (Anulación), *Yivendi*, *Suez*, *National Grid*, *British Gas*, *Metalpar*, *Winterhall*, *TSA Spectrum* y *Continental* contra República Argentina (entre otros). Desde el año 2006 es el Enlace entre la Procuración del Tesoro de la Nación y el CIADI en la ciudad de Washington, DC. Las opiniones expresadas en este comentario son a título personal del autor, y en modo alguno intentan reflejar la posición del gobierno de la República Argentina o de sus Ministerios u/o agencias. Algunas de las consideraciones expresadas en este artículo aparecen también en otro artículo del autor publicado en idioma inglés para la primera publicación de la Revista "Investment Treaty News" (ITN). Otras consideraciones, sin embargo, son propias de este artículo. Asimismo, mientras que el alcance de la presente publicación, en el caso de ITN la versión allí publicada refleja específicamente la problemática de las transparencia y publicidad en las nuevas Reglas de Arbitraje UNCITRAL (2010).

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Este trabajo de investigación y opinión analiza una temática que ha sido frecuentemente motivo de ásperas discusiones en esta práctica judicial: las obligaciones de transparencia y publicidad asumidas por algunos Estados en sus compromisos internacionales o en sus leyes internas vs. la obligación de confidencialidad como característica peculiar del arbitraje como medio de solución de controversias. En otros términos, esta dicotomía surge, en opinión de este autor, de la naturaleza jurídica del arbitraje de inversión: ¿el “arbitraje de inversión” es arbitraje, en el sentido que lo expresa el *arbitraje comercial* o es un sistema de solución de controversias de carácter público al que el Estado se sujeta para resolver un tipo especial de controversia. Finalmente, es posible que sea ambos?

Recientemente, en torno a la discusión planteada por la controvertida decisión dictada en el caso *Aguas del Aconquija c. República Argentina*¹ y, especialmente en la *Opinión Disidente* del Sr. Jan Hendrik Dalhuisen,² un conocido comentarista señalaba que

“han sido las partes en tratados bilaterales de inversión las que han consistentemente elegido el arbitraje comercial internacional como el foro para la solución de las controversias que se producen en su aplicación. Si quisieran adoptar un método diferente, siempre son libres de hacerlo. Si, por el contrario, usaran el arbitraje comercial internacional, lo deberían usar tal cual como lo han encontrado. Los Tribunales del CIADI no son “cortes internacionales” ni se debe esperar que quienes los conforman asuman el rol de jueces”.³

1. *Aguas del Aconquija SA y Vivendi SA c. República Argentina*. Caso CIADI ARB/97/3. Segunda Decisión de Anulación de fecha 30 de julio de 2010.
2. Opinión disidente de Jan Hendrik Dalhuisen en Caso ARB/97/3 Op. Cit. p. 71.
3. Todd Weiler, en opinión expresada en ocasión de la decisión en el Caso *Aguas del Aconquija*. Traducción del Autor. OGEMID, 17 de agosto de 2010. “It has been the parties to investment treaties who have consistently chosen international commercial arbitration as the forum for dispute resolution under them. If they want to adopt a different mechanism for dispute settlement, they are always free to do so. If, however, they are going to use international commercial arbitration, they must take it as they find it. ICSID Tribunals are not ‘international courts,’ nor can we expect those who populate them to take on the role of judges”.

Otro comentarista, en la misma ocasión, inmediatamente señala:

“para ampliar el debate, puede ser la inmunidad de los árbitros bajo el sistema CIADI un elemento para interpretar que estos ejercen jurisdicción internacional (en el modo de la CIJ y a diferencia de los tribunales ad hoc ... cuál es el criterio para que se constituyan en una corte internacional, la creación bajo un tratado ...)”⁴,

indicando que en su opinión es que el CIADI constituye una verdadera corte internacional.

En definitiva, aquí se explora la práctica de los tribunales en la consideración de sus obligaciones de transparencia y publicidad y, posteriormente, se analiza también la conveniencia de dotar de mayor publicidad al sistema arbitral, especialmente cuando se trata de controversias que involucran una parte estatal. Finalmente, se ofrecen algunas breves consideraciones personales.

2. TRANSPARENCIA Y PUBLICIDAD EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

2.1 La Obligación de Transparencia y Publicidad de los Actos de Gobierno

En la generalidad de los arbitrajes con “partes estatales”, y sin dudas en el caso de los arbitrajes de inversión, se debaten cuestiones que afectan la “cosa pública”. La mayoría de los Estados democráticos modernos tiene –como consecuencia de estar regidos por principios republicanos de gobierno– obliga-

4. Sébastien Marciaux, en opinión expresada en ocasión de la decisión de anulación en el Caso Aguas del Aconquija, OGEMID, 17 de agosto de 2010. “*In order to broaden the debate, could this immunity of ICSID arbitrators be the suitable criterion to assert that ICSID tribunals are international jurisdiction (like the ICJ, and unlike ad hoc tribunals for instance)? Or is it only a consequence? If it is so, what could be the adequate criterion in order to qualify a jurisdiction as an international one (creation by a Treaty, application of international Law, etc)?*”.

ciones de información y de acceso a la información por parte de sus ciudadanos. En los casos en que existe regulación legal específica sobre la materia, como es el caso en la República Argentina, la publicidad de ciertos actos de gobierno no es ya una decisión del gobernante sino, verdaderamente, una obligación que le impone la ley.

En la República Argentina existe normativa que claramente establece el principio de publicidad de los actos de gobierno y el derecho al acceso a la información pública. Estas normas están contenidas en el texto de la propia Constitución Nacional, a través de los artículos 1, 33, 41, 42 y concordantes del Capítulo Segundo –que establece nuevos Derechos y Garantías– y del artículo 75 inciso 22, que incorpora con jerarquía constitucional diversos tratados internacionales sobre derechos humanos.

Aunque aquí describo el estadio de las obligaciones de publicidad y acceso a la información en Argentina, como dije anteriormente, la misma se encuentra presente en la mayoría de los Estados modernos.

2.2 La Naturaleza Pública del Arbitraje Inversor-Estado

2.2.1 Antecedentes Históricos

Históricamente, la práctica de los tribunales que han entendido en cuestiones relacionadas a los Estados actuando con *ius imperii* ha sido siempre pública, aplicándose este concepto a los tribunales arbitrales del siglo XIX como al fecundo trabajo de la Corte Internacional de Justicia y su predecesora la Corte Permanente de Justicia Internacional.

Asimismo, la mayoría de las comisiones bilaterales que han resuelto controversias pecuniarias contra Estados soberanos en el ámbito de la protección diplomática –como la Comisión Mixta

México-Estados Unidos- y posteriormente bajo otros mecanismos especialmente diseñados como la Comisión de Compensaciones de las Naciones Unidas⁵ y, especialmente, los Tribunales de Reparaciones Irán-Estados Unidos⁶ hicieron públicos sus laudos, algunos de ellos sesionando en una época que en mucho precede a la preocupación actual por la transparencia de los actos de gobierno.

2.2.2 La Práctica de los Tribunales de Inversión

El Convenio del CIADI establece que el laudo sólo se hará público con el consentimiento de las partes (Artículo 48(5) del Convenio CIADI). Sin embargo, a partir de aproximadamente el año 2000, también como consecuencia del auge del uso masivo del internet, las decisiones arbitrales comenzaron a estar disponibles públicamente en sitios de internet, inclusive sin el consentimiento de las Partes involucradas en la controversia y, muy probablemente, a través de filtraciones que permitían los propios abogados representantes de las Partes en la controversia.

Este fenómeno no alcanza solamente a las decisiones bajo el sistema CIADI, sino que también impacta a procedimientos bajo otras reglas, especialmente casos bajo las Reglas de la CNUDMI. Esto justifica que un comentarista pueda decir que cierta información como “la existencia de la controversia, las partes y sus representantes legales, la naturaleza de la disputa y la composición del tribunal arbitral” encuentren su camino hacia la información de dominio público.⁷

5. Andrea Gattini. THE UN COMPENSATION COMMISSION: OLD RULES, NEW PROCEDURES ON WAR REPARATIONS. *EJIL*, Vol. 13 No.1, 161 - 168 (2002).

6. Caron & Caplan & Pellonpää. *Op. Cit.* p. 9.

7. Mistelis, Loukas. CONFIDENTIALITY AND THIRD PARTY PARTICIPATION: UPS V. CANADA AND METHANEX CORP. V. USA. En *INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND ARBITRATION. LEADING CASES FROM THE ICSID, NAFTA, BILATERAL TREATIES AND CUSTOMARY INTERNATIONAL LAW*. Todd Weiler (editer), Cameron May, 2005. [traducción del autor] “... mientras que la privacidad de los procedimientos en arbitraje de inversión todavía se reconoce, información tal como la existencia de la controversia, las partes y sus representantes legales, la naturaleza de la disputa y la composición del tribunal arbitral encuentran su camino hacia la información de dominio público”.

2.2.3 Resolución de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN. *Metalclad, Loewen, Methanex y UPS*

Temprano en la vida del arbitraje de inversión, los tribunales tuvieron que dedicar su atención al tratamiento del acceso a la información y la participación de terceros en el arbitraje. Esta problemática se manifestó, especialmente, en los casos arbitrales sustanciados bajo el Capítulo XI del TLCAN. En *Metalclad c. México* el Tribunal estableció que ni bajo el TLCAN ni bajo los Mecanismos Complementarios del CIADI existía regla alguna que limitara a las Partes la libertad de hacer públicos documentos que hayan sido objeto del juicio arbitral.⁸ En *Loewen c. EE.UU.* el Tribunal sostuvo que no era deseable una regla general sobre confidencialidad en el arbitraje con parte estatal, en la medida que restringiría el acceso público a información que refiere a cuestiones de gobierno y de interés público.⁹

Como consecuencia de todos estos antecedentes, en el año 2001, la "Comisión de Libre Comercio" del TLCAN dispuso:

1. Nada de lo dispuesto en el TLCAN impone una obligación general de confidencialidad para las partes contendientes en un arbitraje al amparo del capítulo XI, y, sujeto a la aplicación del artículo 1137(4), nada de lo dispuesto en el TLCAN impide a las Partes otorgar acceso al público a documentos presentados ante un tribunal constituido conforme al capítulo XI o expedidos por él.
2. En aplicación de lo anterior:
 - (a) De conformidad con el artículo 1120(2), las Partes del TLCAN acuerdan que nada de lo dispuesto en las reglas de arbitraje pertinentes impone una obligación general de confidencialidad o impide a las Partes otorgar acceso al público a documentos presentados ante un tribunal constituido conforme al Capítulo XI, o expedidos por él,

8. *Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI ARB(AF)97/1. (*Lauterpacht, Civiletti, Siqueiros*). Decisión del 30 de Agosto de 2000, § 13.

9. *The Loewen Group Inc and Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI ARB(AF) 98/3. (*Maron, Fornier, Mivka*). Decisión del 5 de enero de 2001. § 26.

salvo las excepciones específicas y limitadas previstas expresamente en esas reglas. (...)»¹⁰

En *Methanex c. EE.UU.*,¹¹ el Tribunal tuvo que referirse a cuestiones de transparencia diferentes a las referidas en los casos *Metalclad y Loewen*; más precisamente, a la participación de *amicus curiae* en el procedimiento arbitral. En términos generales, las determinaciones del Tribunal en *Methanex*, aplicando el Artículo 15 de las Reglas de Arbitraje CNUDMI, son similares a las que posteriormente adoptaría un Tribunal en otro caso bajo el Capítulo XI del TLCAN: *UPS c. Canadá*.¹²

Ambos Tribunales¹³ determinaron que tenían jurisdicción para resolver la participación de *amicus curiae* bajo los amplios poderes a ellos otorgados bajo la Regla 15 de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI.

2.2.4 *Aguas del Tunari c. Bolivia y AASA y APSF (Suez) c. República Argentina*

Antes de la Reforma a las Reglas de Arbitraje ocurrida en el año 2006, inclusive bajo las Reglas de Arbitraje del CIADI –que parecen ser las que originalmente eran las más ajustadas para regular la materia específica del arbitraje de inversión y, en tal sentido permitir alguna forma de participación y transparencia–, establecían que las audiencias se desarrollarían a puertas cerradas y que sólo podían participar de ellas las partes, sus agentes, asesores, abogados, testigos y expertos. En función de esta norma el Tribunal en *Aguas del Tunari c. Bolivia* decidió, ante un pedido realizado por un *grupo de interés* para participar en el

10. Nota Interpretativa de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN. http://www.economia.gob.mx/ies/economia/p_solucion_controversias_inversionista.

11. *Methanex c. Estados Unidos de América*, Caso CNUDMI. (*Weider, Rowley, Reisman*). Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad del 7 de agosto de 2002.

12. *United Parcel Service of America, Inc (UPS) c. Canadá*. Caso UNCITRAL. (*Keith, Fortier, Carr*). Decisión sobre la Participación de *Amici Curiae*. 17 de octubre de 2001.

13. Por conveniencia, trato aquí ambas decisiones en conjunto, sin desconocer que ambas tienen sus propias características particulares.

procedimiento arbitral, que no estaba en su poder autorizar la participación si no existía el consentimiento de ambas partes.

El Tribunal en *Aguas Argentinas Sociedad Anónima y Suez (AASA), Aguas de Barcelona SA, Vivendi Universal SA y AWG c. República Argentina*¹⁴ aceptó la participación de *amicus curiae* aunque negó la participación de estos en la audiencia y el acceso a documentos existentes en el expediente.¹⁵ El Tribunal reguló en detalle la participación de los *amici* y los condicionó –al igual que lo habían hecho los tribunales en *Methanex* y *UPS*– a que éstos acerquen al procedimiento elementos de hecho o de derecho que ayuden al Tribunal a resolver el caso. Asimismo, intentó a través del procedimiento regulado no hacer más gravoso el ejercicio de la defensa por las Partes en el arbitraje.

El mismo Tribunal entendió en el caso *Aguas Provinciales de Santa Fe (APSF) y Suez, Aguas de Barcelona SA, e Interaguas Servicios del Agua c. República Argentina*,¹⁶ y negó allí la participación de los *amici*, justamente por no cumplir con las condiciones a la que sujetó la participación de éstos en el caso referido en el párrafo anterior.

2.2.5 La Reforma de las Reglas de Arbitraje del CIADI de 2006 *BiWater Gauff*

En el año 2006, el Consejo Administrativo del CIADI realizó una reforma integral de las Reglas de Arbitraje del CIADI.¹⁷ La Secretaría del CIADI, el grupo de trabajo elegido para llevar ade-

14. *Aguas Argentinas Sociedad Anónima y Suez (AASA), Aguas de Barcelona SA, Vivendi Universal SA c. República Argentina*. Caso CIADI ARB/03/19, y *AWG c. República Argentina (Caso CNUDMI)*. (*Salacuse, Kaufman-Kohler, Nikken*). Decisión sobre la Participación de *Amicus Curiae*.

15. La República Argentina apoyó la participación de los *amici* en las Audiencias, pero siendo que la Parte Demandante negó tal participación el Tribunal no hizo lugar al pedido de las ONGs. En tal sentido ver Aurelia Antonietti, *THE 2006 AMENDMENTS OF THE ICSID RULES AND REGULATIONS AND THE ADDITIONAL FACILITIES RULES, THE 2006 AMENDMENTS TO THE ICSID RULES AND REGULATIONS AND THE ADDITIONAL FACILITY RULE*. ICSID Review - FILJ, Vol. 21, No. 2, Fall 2006, p. 6.

16. *Aguas Provinciales de Santa Fe y Suez (APSF), Aguas de Barcelona SA, e Interaguas Servicios del Agua c. República Argentina*. Caso CIADI ARB/03/17. (*Salacuse, Kaufman-Kohler, Nikken*). Decisión sobre la Participación de *Amicus Curiae*.

lante las reformas y las demás personas que fueron consultadas en el proyecto entendieron que la temática de la “transparencia y participación de terceros” estaban entre las cuestiones que demandaban una revisión de las Reglas de Arbitraje, para adaptarlas a las nuevas necesidades que surgían del mayor número de casos y de la circunstancia que el consentimiento arbitral se había dado en un tratado.¹⁸

En tal sentido, tres nuevas reglas, que intentaban reflejar el estado de la práctica arbitral de inversión, fueron aprobadas. La Regla 32 sobre “apertura de las audiencias”, la Regla 37(2) sobre participación de *amicus curiae* y el artículo 48 sobre publicación del laudo arbitral. La Regla 32(2) dispone, respecto de las audiencias:

(2) Salvo objeción de alguna de las partes, el Tribunal, tras consultar con el Secretario General, podrá permitir, sujeto a los arreglos logísticos pertinentes, que otras personas, además de las partes, sus apoderados, consejeros y abogados, testigos y peritos durante su testimonio, y funcionarios del Tribunal, asistan a la totalidad o parte de las audiencias, o las observen. En dichos casos el Tribunal deberá establecer procedimientos para la protección de información privilegiada o protegida.

17. Aurelia Antonietti, THE 2006 AMENDMENTS OF THE ICSID RULES AND REGULATIONS AND THE ADDITIONAL FACILITIES RULES. Op. Cit. p. 2. Antonietti sostiene que “con el incremento de casos frente al CIADI y el crecimiento de su jurisprudencia, se hizo palpable la necesidad de introducir modificaciones a las Reglas de Arbitraje del CIADI para que estas pudieran satisfacer las necesidades de los usuarios del Centro, particularmente en relación a los casos que se iniciaban bajo la invocación de los tratados bilaterales o acuerdos multilaterales de inversión. En tal sentido, se habían presentado quejas respecto a la *falta de transparencia*, y ‘en tal sentido’ fue expresada la necesidad de codificar las prácticas habituales de los tribunales CIADI. Se propusieron cambios que tenían por objetivo introducir esos cambios y que reflejaran la práctica de los tribunales. A los fines de introducir esos cambios, la Secretaría del CIADI se benefició de las consultas que hizo a miembros del Comité Consultivo del Banco, a asociaciones profesionales, grupos de interés, expertos en arbitraje internacional y a instituciones a través del mundo.” Ver en tal sentido, Antonietti, Op. Cit. p. 3.

18. Aurelia Antonietti, Op. Cit. página 3. Como es ampliamente reconocido, el CIADI se creó con la idea de su aplicación a controversias de inversión en las cuales el consentimiento había sido dado a través de una cláusula contractual. Esta circunstancia hace que los hechos que se discuten en un arbitraje CIADI actual puedan potencialmente tener un impacto mucho más importante sobre el interés público que una controversia puntual por una cuestión comercial –con una parte estatal– contenida en un contrato.

La Regla 37(2) dispone respecto a la participación de *amicus curiae* en el procedimiento arbitral:

(2) Después de consultar a ambas partes, el Tribunal puede permitir a una persona o entidad que no sea parte en la diferencia (en esta regla "parte no contendiente") que efectúe una presentación escrita ante el Tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia.

Al determinar si permite dicha presentación, el Tribunal deberá considerar, entre otras cosas, en qué medida:

(a) la presentación de la parte no contendiente ayudaría al Tribunal en la determinación de las cuestiones de hecho o de derecho relacionadas con el procedimiento al aportar una perspectiva, un conocimiento o una visión particulares distintos a aquéllos de las partes en la diferencia;

(b) la presentación de la parte no contendiente se referiría a una cuestión dentro del ámbito de la diferencia;

(c) la parte no contendiente tiene un interés significativo en el procedimiento.

El Tribunal deberá asegurarse de que la presentación de la parte no contendiente no perturbe el procedimiento, o genere una carga indebida, o perjudique injustamente a cualquiera de las partes, y que ambas partes tengan la oportunidad de someter observaciones sobre la presentación de la parte no contendiente.

Finalmente, la nueva Regla 48 dispone:

(4) El Centro no publicará el laudo sin el consentimiento de las partes. Sin embargo, el Centro deberá incluir prontamente en sus publicaciones extractos del razonamiento jurídico del Tribunal.

El Tribunal en *Bivater Gauff* fue el primero en aplicar las nuevas normas del CIADI en materia de transparencia y acceso a la información. Dos cuestiones distintas se presentaron para la resolución del Tribunal: (a) la publicación de documentos pre-

sentados por las partes en el arbitraje (y el acceso a ellos por terceras partes) y, (b) la participación de *amicus curiae* en el arbitraje. Debe notarse, en tal sentido, que las *nuevas reglas del CIADI* no contienen normas sobre publicación de documentos y que estas cuestiones han quedado en gran parte limitadas a las disposiciones que en tal sentido pueda contener el acuerdo arbitral que da lugar a la controversia.

El Tribunal permitió la participación de los *amici* en cuanto consideró que existía un interés público en la controversia y que la participación de los *amici* favorecería la aceptación del resultado del arbitraje y ayudaría al Tribunal a cumplir con sus obligaciones.¹⁹ Por otra parte, el Tribunal no permitió la participación de los *amici* en la audiencia²⁰ o el acceso de estos a los documentos del proceso arbitral.²¹

2.2.6 El Artículo 34(5) de las Reglas de Arbitraje CNUDMI 2010

El nuevo artículo 34(5) de las Reglas de Arbitraje de la CNUDMI dispone:

34(5) Podrá hacerse público el laudo con el consentimiento de las partes o cuando una parte tenga la obligación jurídica de darlo a conocer para proteger o ejercer un derecho, y en la medida en que así sea, o con motivo de un procedimiento legal ante un tribunal u otra autoridad competente.

La Regla 32(5) anterior establecía, respecto a la publicidad del laudo, que este sólo podía hacerse público con el consentimiento de las partes. La nueva Regla 34(5), siguiendo el modelo adoptado por la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA), introduce la posibilidad de que el laudo sea hecho públi-

19. *Biwater Gauff v. República Unida de Tanzania*. Caso CIADI ARB/05/22 (*Hanotium, Borre, Laumini*). Orden Procesal No. 5 del 2 de febrero de 2007, § 47 y siguientes.

20. *Biwater Gauff*, Orden Procesal No. 5, § 72.

21. *Biwater Gauff*, Orden Procesal No. 5, § 68.

co, además, cuando este refleje una obligación legal, situación esta última que alcanza a la mayoría de los Estados modernos.

Precisamente, la nueva norma contenida en el Artículo 34(5) refleja, justamente, la obligación legal que algunas partes en el arbitraje pueden tener como consecuencia de obligaciones legales independientes del arbitraje. En el caso de los Estados, como se ha visto anteriormente en la sección (b) de este Capítulo, éstos pueden tener obligaciones legales de acceso a la información y de publicidad de los actos de gobierno.

Finalmente, el sistema de *cortes nacionales* generalmente se desarrolla en forma totalmente pública y, como resultado de las acciones que las partes pueden ejercer judicialmente en *apoyo* del arbitraje, es posible que una decisión arbitral termine siendo sometida a uno o más sistemas de justicia nacional, transformándose así en una información que existe en el dominio público.

2.3 Hacia la Conformación de un Cuerpo Jurisprudencial

Las decisiones de los tribunales arbitrales han creado progresivamente un cuerpo jurisprudencial que debe ser tenido en consideración porque derivan conclusiones de la realidad económica y conforme a las necesidades del comercio internacional respecto a las cuales el arbitraje internacional debe responder ... (*Dow Chemical France v. Isovex Saint Gobain*, Caso CCI No. 4131).²²

Desde hace un tiempo he venido expresando la idea que todas las decisiones arbitrales deberían tener cierta forma de publicidad. Cuando refiero a las decisiones arbitrales no me

22. Caso CCI No. 4131, *Dow Chemical France v. Isovex Saint Gobain*, Interim Award del 23 de septiembre de 1982, IX Y.B. Com. Arb. 131, 136 (1984); CA Paris, Oct. 21, 1983, *Isovex-Saint-Gobain v. Dow Chemical France*, 1984 Rev. Arb. 98 (Anotado por A. Chapelle). Mourre, Alexis, PRECEDENT AND CONFIDENTIALITY IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: THE CASE FOR THE PUBLICATION OF ARBITRAL AWARDS, en *Precedent in International Arbitration*, IAI Series, Yas Banifatemi (editor), p. 45.

límite a las decisiones en materia de arbitraje de inversión sino que incluyo también la publicidad de cualquier tipo de decisión arbitral, inclusive las que tienen un carácter estrictamente comercial y que carecen de la participación de parte estatal. La razón es simple: la publicidad de las decisiones arbitrales crea un cuerpo jurisprudencial²³ que ayuda a la calidad y consistencia de las decisiones arbitrales y a la confianza que generan en sus usuarios, no solamente aquellos habituados a recurrir a este mecanismo sino a un público más amplio que está encontrando el atractivo del arbitraje pero que desconfía del "secretismo" que rodea a la práctica arbitral y que, ciertas veces, lo transforma en algo casi esotérico. Lo ocurrido con el arbitraje de inversión en la última década prueba que la publicidad ayuda a hacer más previsible el sistema, y reduce las ineficiencias e imprevistos que las partes pueden encontrar en el futuro. Además, eleva los estándares profesionales requeridos de los árbitros en sus decisiones.

Sin saberlo, esta idea que imaginé revolucionaria, ya había sido expresada por otros juristas que también habían pensado en la necesidad de dar publicidad a las decisiones arbitrales, a los fines de formar un cuerpo jurisprudencial, elevar la calidad de las decisiones y ayudar –de esa manera– a la previsibilidad y confianza de las partes (y el público en general) en relación al arbitraje como medio de solución de controversias.²⁴ En tal sentido, dos obras de obligatoria lectura son MOURRE²⁵ y LEW²⁶ en "The Case for the Publication of Arbitral Awards". LEW expresa claramente la conveniencia de esta idea en los siguientes términos:

23. Cuando refiero a cuerpo jurisprudencial no necesariamente intento afirmar que estas decisiones tengan carácter de precedentes, sino simplemente de guía autorizada a los fines de crear un sistema que provea la mejor calidad posible de decisiones.

24. Esto debe leerse en oposición al ríto de las publicaciones que las "instituciones arbitrales" dan a la publicidad de sus decisiones.

25. Mourre, Alexis. PRECEDENT AND CONFIDENTIALITY IN INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION: THE CASE FOR THE PUBLICATION OF ARBITRAL AWARDS. In Precedent in International Arbitration. IAI Series, Yss Banitafemi, Editor, 2008.

26. Julian D.M. Lew, THE CASE FOR THE PUBLICATION OF ARBITRATION AWARDS, IN THE ART OF ARBITRATION – ESSAY ON INTERNATIONAL ARBITRATION – LIBER AMICORUM PIETER SANDERS 12 SEPTEMBER 1912 –, J.C. Schultz y A.J. van den Berg (editores) Kluwer, 1982, p. 223.

la publicación de las decisiones arbitrales identificará las verdaderas ventajas del arbitraje: especialistas y expertos en el arbitraje operando a nivel internacional. El desarrollo de un cuerpo jurisprudencial dará al arbitraje una mayor certeza de la que actualmente existe con respecto a la dirección que los árbitros seguirán y facilitará la aceptación del derecho comercial internacional y la aceptación de la *lex mercatoria*. Ello casi seguramente resolverá problemas que recurrentemente se le presentan a los árbitros e influenciará la actitud negociadora y las decisiones de los hombres de negocios. Más importante aún, la publicación sistemática de laudos arbitrales demostrará que el arbitraje no solo es una alternativa viable a las cortes internacionales como medio de solución de controversias sino que además demostrará concluyentemente que el arbitraje es más apropiado como medio de solución de controversias que surgen del comercio internacional.²⁷

MOURRE identifica ciertos aspectos que entiendo es necesario considerar. Sostiene que es necesario un sistema que permita la publicación del mayor número de casos y con las menores omisiones posibles. Sólo un número suficientemente amplio de casos puede dar lugar a la conformación de un cuerpo jurisprudencial²⁸ El acceso a otras decisiones arbitrales mejoraría la calidad de nuevas decisiones arbitrales y permitiría una identificación más clara de los principios jurídicos que cumplen un rol central en el proceso arbitral.²⁹ Finalmente, sostiene la necesidad

27. (Traducción del autor) "[t]he publication of arbitrations awards would ... identify the real advantages of arbitration: specialist and expert arbitrators operating on the international level. The development of an arbitral case law would give to arbitration a greater certainty than that presently existing, with respect to the probable attitude of the arbitrators, and would facilitate the commercial world's knowledge and acceptance of the *lex mercatoria*. This would almost certainly obviate many recurring problems presented to arbitrators and would influence the negotiating attitudes and commercial decisions of businessmen. Above all, the systematic publication of arbitration awards would show that not only is arbitration an alternative to national courts as a system of dispute settlement, but it would prove conclusively that arbitration is the most appropriate forum in which to resolve disputes arising out of international commerce. Julian D.M. Lew, 'THE CASE FOR THE PUBLICATION OF ARBITRATION AWARDS, IN THE ART OF ARBITRATION - ESSAY ON INTERNATIONAL ARBITRATION - LIBER AMICORUM PETER SANDERS 12 SEPTEMBER 1912 - 1982, J.C. Schultz y A.J. van den Berg (editores) Kluwer, 1982, citado por Moure, A. Op. Cit. p. 223.

28. Moure, Op. Cit. p. 48. Para apoyar esta afirmación Moure cita a Christian Larroumet, A PROPOS DE LA JURISPRUDENCE ARBITRALE, Gaz. Pal. Dec.14, 2006.

de conocer el nombre de los árbitros, por el prestigio asociado a estos, lo cual daría mayor o menor relevancia a la decisión (así como mayor previsibilidad y consistencia al sistema arbitral).³⁰

No puedo sino coincidir con todas las apreciaciones hechas en los párrafos anteriores.

3. CONCLUSIONES

Cada tribunal actuando en un caso que incluye una parte Estatal, especialmente si la jurisprudencia de ese tribunal arbitral proviene de un tratado bilateral de inversiones, es – en opinión de este autor – una corte internacional. Nadie ha indicado que características puede tener la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia que puedan estar ausentes en un tribunal de inversión. En ambos casos la jurisdicción proviene de un acuerdo internacional, las medidas que dan lugar a la jurisdicción proviene de una medida de éste tomada en ejercicio de actividad *iure imperii*. En muchos casos, inclusive, los árbitros o miembros de los tribunales son los mismos y sus nombres provienen (especialmente en el caso del CIADI) de una lista nombrada por Estados soberanos.

Con la debida protección de información confidencial y de alguna otra información que pueda ser excesivamente perjudicial para una o ambas partes, los Tribunales de Inversión tienen la obligación de permitir un suficiente acceso a la información que se debe manifestar, como mínimo en las siguientes obligaciones: registro de la existencia de la disputa, participación de *amigos de la Corte* cuando estos puedan ofrecer una perspectiva distinta a la presentada por las Partes y auxiliar al tribunal. Finalmente, también se debe proveer a los medios para la publicación de la decisión. Ello asegura que los jueces (árbitros) ejer-

29. Mourre, Op. Cit. p. 49.

30. Mourre, Op. Cit. p. 58.

citen sus funciones con la responsabilidad que requiere las altas funciones que les han sido encomendadas.

Cesión y Nacionalidad en el Arbitraje de Inversión

Diego Brian Gosis¹

SUMARIO

1. Introducción. 2. Cesiones anteriores a la existencia de una controversia. 3. Cesiones posteriores a la existencia de una controversia. 4. Cesiones posteriores al dictado del Laudo. 4.1. Efectos relativos a los recursos. 4.2. Efectos relativos a la protección diplomática. 4.3. Efectos relativos al reconocimiento y ejecución del laudo. 5. Conclusión

1. INTRODUCCIÓN

"There was also international public arbitration, which was somehow a different beast"

Loukas Mistelis²

Comenzada la segunda década del siglo XXI parece evidente que el derecho internacional de las inversiones y, especial-

1. El autor es socio del bufete Remaggi, Pico, Jessen & Asociados, de Buenos Aires, Argentina, y Of Counsel de la Procuración del Tesoro de la Nación Argentina en materia de arbitraje internacional comercial y de inversión. Puede ser contactado a través de su dirección de correo electrónico dgosis@rpjabogados.com.
2. MISTELIS, Loukas, del prólogo a McLACHLAN, Campbell, SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew: *International Investment Arbitration-Substantive Principles* (Oxford University Press, 2007), p. vii.

mente, su arista más visible –la resolución mediante arbitraje de las disputas entre inversores y Estados– constituyen, en toda regla, una rama separada del derecho. A pesar de que los frutos que penden de esta rama se nutren de instrumentos jurídicos de diversa fuente –acuerdos con particulares, leyes nacionales de inversión, tratados bilaterales y multilaterales, y reglas consuetudinarias de variados alcances geográficos–, todos ellos refieren a supuestos de responsabilidad de los Estados por el trato dispensado en su territorio a extranjeros en violación a sus obligaciones relativas a inversiones.³

Las dificultades para establecer de manera acabada las múltiples fuentes y contenidos específicos de las obligaciones de derecho internacional de los Estados han llevado a la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas (la “CDI”) a sistematizar los principios relativos a la responsabilidad de los Estados con prescindencia del análisis de esos elementos en su Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos.⁴ Comentando el alcance de ese Proyecto, la CDI expresaba que

los presentes artículos tratan de toda la esfera de la responsabilidad de los Estados. En consecuencia, no se limitan a la violación de obligaciones de carácter bilateral, por ejemplo en virtud de un tratado bilateral con otro Estado. Los artículos se aplican a todas las obligaciones internacionales de los Estados, ya se trate de obligaciones para con uno o varios Estados, para con un particular o un grupo, o para con la comunidad internacional en conjunto.⁵

3. No nos detendremos en estas páginas más que lo imprescindible en las abundantes disquisiciones –todas ellas de gran interés y relevancia general– relativas a la calificación de “extranjero” e “inversión” a efectos de esta definición y que han resultado, ellas mismas, fértiles valles para el debate en esta área del derecho. Para un detallado índice de los diversos materiales existentes en este punto, recomendamos la lectura del comentario al artículo 25 del Convenio CIADI en la obra de SCHREIER, Christoph, *The ICSID Convention: A Commentary* (Cambridge University Press, 2009), pp. 71 a 347.
4. Adoptado por la Comisión de Derecho Internacional en su 53ra. Sesión, en 2001, y disponible en idioma inglés, conjuntamente con los comentarios de esa comisión, en http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/9_6_2001.pdf.
5. Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad de los Estados por Hechos Internacionalmente Ilícitos, Comentario General, §(5).

De manera análoga, en las páginas que siguen nos referiremos al efecto que la cesión de ciertos derechos o reclamos a cesionarios de nacionalidades diversas puede tener sobre los dispositivos procesales aplicables a los reclamos relativos a esa responsabilidad, sin abocarnos a analizar el origen o alcances de ésta.

Esas cesiones pueden afectar a los derechos o reclamos de un inversor en diversas etapas de la existencia de la inversión que constituye el objeto del reclamo. Como en el enigma de la esfinge de Tebas,⁶ encontraremos que los elementos en que se apoya la existencia de una inversión o reclamo tutelados bajo el derecho internacional de las inversiones varían en cada una de las tres etapas que analizaremos separadamente:⁷ (i) cuando existe la inversión sin que haya surgido aún un reclamo, (ii) cuando existe ya el reclamo y, finalmente, (iii) cuando existe ya el laudo. Por los motivos que esbozamos a continuación, una transferencia que ocurra en cada uno de esos momentos tendrá efectos distintos sobre los derechos que se pretenden transferir, lo que podría llevar, incluso, a hacer inviable un reclamo arbitral o la ejecución del laudo que se haya emitido.

6. Cuenta el mito que, a las puertas de la Tebas griega, una esfinge formulaba a los viajeros un enigma y castigaba con la muerte a quienes no podían resolverlo. Según el mito, cuando Edipo consiguió darle la respuesta correcta -tras haberla recibido en sueños-, la esfinge, presa de una furia incontenible, se dio muerte. ARISTÓFANES DE BIZANCIO, en su glosa al *Edipo Rey* de SÓFOCLES, refiere que el enigma rezaba: "Existe sobre la tierra un ser bípedo y cuadrúpedo, que tiene sólo una voz, y es también trípode. Es el único que cambia su aspecto de cuantos seres se mueven por tierra, aire o mar. Pero, cuando anda apoyado en más pías, entonces la movilidad de sus miembros es mucho más débil". La respuesta de Edipo, según la misma fuente, habría sido "Escucha, aun cuando no quieras, Musa de mal agüero de los muertos, mi voz, que es el fin de tu locura. Te has referido al hombre, que cuando se arrastra por tierra, al principio, nace del vientre de la madre como indefenso cuadrúpedo y, al ser viejo, apoya su bastón como un tercer pie, cargando el cuello doblado por la vejez".
7. A pesar de que las analogías con la gesta edípica podrían utilizarse para referirnos a una notable variedad de debates de gran vigencia en el marco del arbitraje de inversión, lamentamos informar al lector que no nos pronunciaremos en estas líneas sobre cuestiones de endogamia entre los círculos practicantes del arbitraje, ni sobre los efectos de las vinculaciones no reveladas en la génesis de ciertas decisiones arbitrales, ni -finalmente- sobre el efecto de las normas de *ius cogens* sobre el alcance de los acuerdos y tratados positivos de inversión.

2. CESIONES ANTERIORES A LA EXISTENCIA DE UNA CONTROVERSIA

Para comenzar, debe distinguirse la situación en la que, a lo largo de la vida de un cierto proyecto productivo, el inversor extranjero que es su titular o controlante decide transferirlo –ya sea a través de la venta de las acciones de la sociedad que lo explota, o de la transferencia a título individual o colectivo de activos vinculados a ese proyecto– con el propósito principal de despertar eventualmente la jurisdicción de un tribunal de arbitraje de inversión, de aquella otra en la que la operación tiene motivaciones puramente comerciales o, incluso, societarias o impositivas.⁸

Respecto del primer caso, mencionaremos, como cuestión liminar, que los tribunales han demostrado una limitada receptividad a reconocer la validez a efectos jurisdiccionales de tales acuerdos de transferencia.⁹ Ello es congruente con el venerable principio de que nadie puede transferir derechos mayores o mejores que los que posee,¹⁰ y con el respeto al objeto y propósito que los Estados tuvieron en cuenta al diseñar y obligarse bajo el régimen de arbitraje de inversión,¹¹ que consiste en lo que algunos autores han denominado el *quid pro quo* del derecho internacional de las inversiones, en virtud del cual los Estados se

8. Ver, por ejemplo, *Tokios Tokelés c. Ucrania*, Caso CIADI Nro. ARB/02/18, Laudo del 26 de julio de 2007, §111, en donde se discuten los efectos de ciertas operaciones ocurridas dentro del grupo de empresas respectivo sobre la jurisdicción de los tribunales arbitrales.

9. Ver, por ejemplo, Schreuer, op. cit., comentario al artículo 25 del Convenio CIADI, §350 (“...the readiness of tribunals to accept arrangements designed to attract ICSID’s jurisdiction is not unlimited”).

10. Ver, por ejemplo, *Mihaly c. Sri Lanka*, Caso CIADI Nro. ARB/00/2, Laudo del 15 de marzo de 2002, ¶24 (“...nemo dat quod non habet ut nemo potiorum potest transferre quom ipse habet”). Llama la atención, en este sentido, la decisión adoptada en *Aucoven c. Venezuela*, donde el tribunal se consideró competente al entender que, a pesar de que el inversor originario no era nacional de un Estado contratante del CIADI, las partes del contrato pertinente habían pactado la jurisdicción de ese Centro para el caso de que se transfirieran las acciones de la sociedad operativa a un nacional de un Estado contratante del CIADI, lo que el Tribunal entendió que en definitiva había sucedido (*Autopista Concesionada de Venezuela c. Venezuela*, Caso CIADI Nro. ARB/00/5, Decisión de Jurisdicción del 27 de septiembre de 2001, §124 (“Aucoven c. Venezuela, Decisión de Jurisdicción”)).

11. Ver, por ejemplo, *Phoenix Action c. República Checa*, Caso CIADI Nro. ARB/06/5, Laudo del 15 de abril de 2009, §144 (“Phoenix c. República Checa”) (“It is indeed the Tribunal’s view that to accept jurisdiction in this case would go against the basic objectives underlying the ICSID Convention as well as those of bilateral investment treaties”).

han comprometido a otorgar un cierto número y calidad de protecciones a cambio de recibir inversiones de los nacionales de los restantes Estados miembros del sistema de derecho internacional de las inversiones.¹²

Respecto del segundo caso, la disponibilidad para el cesionario de los mecanismos sustantivos o procesales de protección de la inversión dependerá, principalmente, de si el cesionario califica como inversor protegido bajo los instrumentos respectivos, de si la adquisición o la operación ulterior del proyecto por el cesionario representa, para este último y con independencia de los actos anteriores del cedente, un emprendimiento que pueda calificar como una 'inversión' a efectos de esa protección y de si puede, en las circunstancias del caso, considerarse que las medidas que se impugnan como violatorias de las obligaciones internacionales del Estado afectaron a la inversión realizada por el cesionario.

La cuestión ha sido recientemente analizada por el tribunal de *Phoenix Action c. República Checa*, que llegó a la siguiente conclusión:

El Demandante presentó la notificación por parte de Phoenix de una disputa relacionada con una inversión a la República Checa el 2 de marzo de 2003, aún antes de la inscripción de su titularidad de las dos empresas checas ante la República Checa, y solamente dos meses después de su adquisición de las Empresas Benet, y presentó su reclamo ante el Centro once meses después. En su carta al Ministro de Finanzas de la República Checa, Phoenix sostenía que una serie de hechos habían constituido violaciones al TBI. Si uno mirara solamente a los eventos ocurridos luego de la inversión, que es lo que debe hacerse para respetar los principios de aplicación *ratione temporis* del TBI entre Israel y la República Checa, la conclusión inevitable es que el

12. DOUGLAS, Zachary, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press, 2009), p. 136 ("Hence, the protection is only operative once the foreign national has satisfied its part of the *quid pro quo* by making an investment in the host state").

Demandante, cuando elevó por primera vez su reclamo ante el CIADI, pretendía sostener que una demora de dos meses en resolver los problemas que afectaban a su inversión representaban una violación de los estándares de trato justo y equitativo y de protección y seguridad plenas(...). La mera enunciación de tal pretensión muestra a las claras que lo que verdaderamente estaba en discusión eran violaciones y daños previos a la inversión.¹³

El tribunal de *Phoenix Action* llegó, por este y otros motivos, a la conclusión de que no tenía jurisdicción para resolver la controversia, lo que nos lleva a considerar que, en casos de cesión, a efectos de determinar la existencia de una inversión protegida que pueda, por ulteriores violaciones a obligaciones internacionales por parte del Estado en cuyo territorio la inversión ha sido realizada, dar lugar a un reclamo arbitrable, deberemos centrar nuestra atención en la situación del cesionario y no en la del cedente.

Para demostrar esta hipótesis¹⁴ imaginemos una inversión realizada originalmente por un nacional de un Estado contratante del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el "Convenio CIADI" o el "Convenio") en el territorio de otro Estado contratante, e imaginemos también que existe entre ambos Estados un tratado bilateral de inversiones ("TBI") que permite al inversor acceder a un arbitraje CIADI en caso de controversias relacionadas con la inversión. Si la inversión fuera cedida antes de que se origine una controversia a un inversor nacional del Estado receptor, o de un Estado que no fuera parte del Convenio CIADI, el resultado sería, casi sin dudar, que

13. *Phoenix c. República Checa*, §138 (traducción libre).

14. Centramos nuestro análisis, a efectos de este ejemplo, en la posibilidad de arbitrar las controversias bajo el sistema de arbitraje del CIADI, por verse allí reflejadas de manera más sistemática los problemas de nacionalidad que discutiremos a lo largo de estas líneas, aunque consideramos que, *mutatis mutandis*, cuanto aquí se dice puede aplicarse sin mayores diferencias conceptuales a la cesibilidad de las restantes protecciones contenidas en el régimen del derecho internacional de las inversiones. Piénsese, por ejemplo, en la transferibilidad de las protecciones sustantivas otorgadas bajo un tratado bilateral en particular a ulteriores inversores de otras nacionalidades.

cualquier acceso a un arbitraje CIADI quedaría vedado para el adquirente.¹⁵ Si modificáramos, *ceteris paribus*, la nacionalidad del cesionario, tal que éste fuera nacional de cualquier Estado parte del Convenio CIADI distinto del Estado receptor, encontraríamos, casi sin dudar también, que éste tendría acceso a la jurisdicción de un tribunal CIADI.

Si, por el contrario, un nacional de un Estado que no es parte del Convenio CIADI cediera un activo localizado en territorio de un Estado parte de ese Convenio –y que pudiera de otro modo calificar como inversión bajo ese instrumento– a un connacional o a un inversor de otro Estado que tampoco fuera parte del Convenio CIADI, consideramos que ninguna violación al derecho internacional en que pudiera incurrir el Estado receptor podrá despertar la jurisdicción de un tribunal del CIADI.¹⁶ Si, como antes hiciéramos, modificáramos, *ceteris paribus*, la nacionalidad del cesionario, tal que éste fuera nacional de un Estado parte del Convenio CIADI distinto del Estado receptor, consideramos que ese inversor tendrá acceso al sistema de arbitraje del Convenio CIADI, salvo en la medida en que, como mencionábamos, el propósito de la operación fuera, justamente, el de generar esa posibilidad jurisdiccional.

Como se ve, en cualquiera de las posibilidades matemáticas de combinación, si el cesionario tiene, por su propia situación y actividad respecto de la inversión, derecho a invocar las disposi-

15. Cuando el inversor fuera nacional de otro Estado que no fuera un Estado contratante del Convenio CIADI, sin embargo, se mantendría la posibilidad de constituir un tribunal bajo las reglas del Mecanismo Complementario del CIADI. Conforme el artículo 2(a) del Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI, ese Centro podrá administrar procedimientos bajo tal reglamento cuando el Estado parte en la controversia o el Estado del cual el inversor que sea parte en la controversia sea nacional no sean Estados contratantes bajo el Convenio CIADI. El artículo 3 del Reglamento del Mecanismo Complementario agrega el requisito de que, para que el Secretario General del CIADI pueda aceptar una solicitud de administrar un procedimiento bajo ese reglamento en tal circunstancia, las partes acuerden que, "en el caso de que al tiempo de la iniciación del procedimiento se hubieren cumplido los requisitos jurisdiccionales *ratioe personae*" del Convenio CIADI, el procedimiento transite bajo el Convenio CIADI y no bajo el Mecanismo Complementario. Nótese que esta posibilidad no estaría disponible cuando el inversor fuera de la nacionalidad del Estado parte en la controversia (Reglamento del Mecanismo Complementario, §2).
16. Ver la nota al pie anterior respecto de la posibilidad de excitar la jurisdicción de tribunales arbitrales bajo otros sistemas de resolución de controversias, como el Mecanismo Complementario del CIADI.

ciones del Convenio CIADI, la carencia de esa posibilidad para el cedente –a salvo el requisito de que la operación no haya sido celebrada *in fraudem legis* con el solo o principal propósito de generar jurisdicción– no afectará negativamente las alternativas jurisdiccionales al alcance del cesionario. Si, por el contrario, el cesionario no tiene, por su situación o actividad respecto de la inversión, acceso a la jurisdicción de un tribunal del CIADI, el hecho de que el cedente lo hubiera tenido antes de la cesión en nada mejora su situación, y le estará vedado al adquirente arbitrar en ese foro los reclamos que puedan surgir.

3. CESIONES POSTERIORES A LA EXISTENCIA DE UNA CONTROVERSIA

Una vez que llegamos a la conclusión de que una cesión celebrada con el sólo o principal objeto de atraer la jurisdicción de un tribunal de arbitraje de inversión tiene un destino sesgado al fracaso,¹⁷ comenzaremos esta sección agregando que este destino se torna todavía más ominoso si esa cesión se realiza cuando la controversia ya existe,¹⁸ ya que, como comenta el Prof. SCHREUER, “no serán aceptadas cesiones oportunistas diseñadas para transformar disputas ya existentes en cuestiones sometidas a la jurisdicción del CIADI”.¹⁹

Así introducidos en la cuestión, pasaremos a analizar los elementos relevantes para determinar los efectos que la cesión de un reclamo –o del activo al que se refiere– a un tercero tendrá en la viabilidad de un reclamo arbitral. Para hacerlo volveremos a centrarnos primariamente –y por idénticos motivos–, en la jurisdicción y práctica de los tribunales del CIADI.²⁰

17. Ver la nota al pie #9 *supra*.

18. Ver SCHREUER, *op. cit.*, comentario al artículo 25 del Convenio CIADI, §350 (“*In particular, tribunals have looked with disfavour upon situations in which the investor sought to transfer an existing claim from a claimant*”).

19. *Id.*, §360.

20. Ver la nota al pie #14 *supra*.

Bajo el sistema del Convenio CIADI, la jurisdicción del Centro dependerá de las nacionalidades de las partes demandantes y demandadas²¹ al momento de consentir en someter la controversia a arbitraje y al momento de registrarse la solicitud de arbitraje –en el caso de inversores personas físicas– o al momento de consentirse la jurisdicción del CIADI –en el caso de inversores personas jurídicas–,²² que constituyen las fechas críticas para llegar a esa determinación. En el marco de las controversias derivadas de tratados bilaterales o multilaterales de inversión, esto sucede casi exclusivamente después de trabada la controversia, y el consentimiento del inversor se expresa frecuentemente en el acto mismo de la notificación del reclamo al Estado receptor o, cuando el tratado correspondiente no requiere el agotamiento de consultas o negociaciones previas, junto con la misma solicitud de arbitraje.²³

Si bien muchos sostienen, siguiendo la posición adoptada por la Corte Internacional de Justicia respecto de su propia jurisdicción,²⁴ que, luego del momento en el que se fija la jurisdicción

21. A pesar de que, estadísticamente, resulta habitual encontrar uno o más inversores de una única nacionalidad entre los demandantes, y un único Estado entre los demandados, no existen motivos jurídicos por los que –cumplidos ciertos requisitos que exceden el marco de este estudio– la situación no pueda ser la inversa o, incluso, para que dos o más Estados aparezcan como demandados o demandantes en un mismo procedimiento. Esto podría fácilmente suceder en el marco de acuerdos multinacionales de inversión, o como consecuencia de tratados multilaterales o proyectos transnacionales. A modo de ejemplo, el autor ha participado en procesos ante tribunales del CIADI en los que se formulaban reclamos bajo dos y hasta tres tratados bilaterales de manera simultánea, dada la diferente nacionalidad de las partes demandantes.
22. Arg. Convenio CIADI, §25(2). A criterio del tribunal de *Vacuum Salt c. Ghana*, el fundamento de esta diferente aproximación en el caso de personas físicas y jurídicas podría encontrarse en que las personas físicas son menos proclives a sufrir una pérdida de su nacionalidad de manera involuntaria que las personas jurídicas –lo que podría suceder, por ejemplo, en caso de una expropiación de las acciones de la persona jurídica–, lo que justifica que se requiera en las primeras una constatación de la nacionalidad en esas dos instancias separadas (*Vacuum Salt c. Ghana*, Caso CIADI No. ARB/92/1, Laudo del 16 de febrero de 1994, nota al pie #9 (“*Vacuum Salt c. Ghana*”)). Para un índice de las diversas cuestiones a que esta diversa determinación puede dar lugar ver SCHREUER, *op. cit.*, comentario al artículo 25 del Convenio CIADI, §35.
23. Si bien la situación es otra en caso de que el consentimiento haya sido prestado en un acuerdo de inversión, y algunas de las decisiones que se comentan a lo largo de estas páginas se refieren a esos supuestos, supondremos a efectos de este ensayo –arbitrariamente y por una cuestión de orden expositivo– que el surgimiento de la controversia precede a las fechas críticas establecidas por referencia al artículo 25(2) del Convenio CIADI, lo que acontece en una extensa mayoría de los casos con decisiones reportadas durante la última década.
24. *Ibid.*, por ejemplo, *Caso Relativo a la Orden de Arresto del 11 de abril de 2000 (Congo c. Bélgica)*, C.I.J., Sentencia del 14 de febrero de 2002, *I.C.J. Reports 2002*, p.1, §26 (“...if the Court has juris-

de un tribunal de inversión –esto es, luego de esas ‘fechas críticas’– ningún hecho ulterior puede afectarla,²⁵ entendemos que ese apotegma no resulta necesariamente de aplicación en el contexto especial del Convenio CIADI.

En efecto, la jurisdicción de tribunales bajo el Convenio CIADI surge como consecuencia del acuerdo allí expresado entre los Estados contratantes, y sería ilógico y carente de todo sentido y axiología permitir que se ejerza esa jurisdicción si ello lleva a un resultado “manifiestamente absurdo o irrazonable”.²⁶ A modo de ejemplo, el tribunal de *Vivendi II* ha considerado que ese principio caería en caso de que, con posterioridad a las fechas críticas, un comité *ad hoc* del CIADI anulara la decisión que asume jurisdicción,²⁷ al tiempo que el tribunal de *Vacuum Salt c. Ghana* consideró que la iniciación de un arbitraje CIADI por parte de una sociedad del Estado demandado que hubiera dejado de ser controlada por nacionales de otro Estado contratante del Convenio CIADI luego de la fecha crítica establecida en el artículo 25(2) de ese instrumento violaría las reglas de interpretación derivadas de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.^{28 29}

dictum on the date the case is referred to it, it continues to do so regardless of subsequent events”). Ver también la decisión de la Corte Internacional de Justicia en el Caso Relativo a Cuernavaca de Interpretación y Aplicación de la Convención de Montreal de 1971 Surgidas del Incidente Aéreo de Lockerbie (Libia c. Estados Unidos), Decisión sobre Objeciones Preliminares del 27 de febrero de 1998, I.C.J. Reports 1998, p. 115, §37, y las decisiones allí citadas.

25. Ver, por ejemplo, *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3 (“*Vivendi (II) c. Argentina*”), Decisión de Jurisdicción del 14 de noviembre de 2005, §63 (“...una vez que ha sido establecida, la jurisdicción del tribunal no puede ser derogada”). Ver también *Goetz y otros c. Burundi*, Caso CIADI No. ARB/95/3, Laudo del 10 de febrero de 1999, §72; *Ziirsali Development Ltd. c. República de Georgia*, Caso CIADI No. ARB/00/1, Laudo del 24 de enero de 2003, §24, y, en general, SCHEUER, *op. cit.*, comentario al artículo 25 del Convenio CIADI, §36.
26. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, §32(b). Si bien el Convenio de Washington de 1965 entro en vigor con anterioridad a la Convención de Viena de 1969, es pacífica la interpretación de que sus disposiciones sobre reglas de interpretación (contenidas en los §§31 a 35 de la Convención de Viena) resultan aplicables en cuanto codifican “reglas y principios de interpretación de tratados generalmente aceptados en el derecho internacional” (*Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión de Anulación del 16 de mayo de 1986, §§18-21, citado por SCHEUER, *op. cit.*, traducción libre). Ver también el caso bajo el TLCAN *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo bajo las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI del 11 de octubre de 2002, §42.
27. *Vivendi II c. Argentina*, Decisión de Jurisdicción, §63.

Sin llegar a pronunciarse en términos tan concluyentes, diversos tribunales han prestado igualmente atención a la nacionalidad del inversor luego de prestado el consentimiento para determinar su competencia *ratione personae*,³⁰ lo que demuestra que el análisis no acababa –a su entender– en la fecha crítica establecida en el artículo 25(2) del Convenio CIADI. Comentando sobre estas decisiones, se ha dicho que

“las declaraciones [de otros tribunales] respecto de que el único momento relevante es la fecha del consentimiento han sido puestos en duda por preocupaciones relativas a desarrollos ulteriores, y por cierta intranquilidad respecto de la posibilidad de que se abra la jurisdicción del CIADI a personas jurídicas que, luego de esa fecha, hayan pasado a ser controladas por nacionales del Estado receptor”.³¹

Antes de abandonar la cuestión de las fechas en las que se consolida la jurisdicción del CIADI, nos detendremos por un instante en la llamativa solución adoptada por el tribunal de *Aucoven c. Venezuela* en este punto.³² Ese tribunal consideró que, en sentido inverso a la lectura habitual de la cuestión de las fechas críticas en la jurisprudencia del CIADI, a pesar de que al momento de otorgarse el instrumento que contenía el consentimiento a arbitrar, el inversor era de nacionalidad mexicana –es decir, de un Estado no contratante del Convenio CIADI–, y de que el demandante sólo calificó como “nacional de otro Estado

28. *Vacuum Salt c. Ghana*, nota al pie #6 del Laudo.

29. Como nota de color, en el caso *Loewen c. Estados Unidos*, un tribunal constituido bajo el Mecanismo Complementario del CIADI resolvió que el TLCAN entre Estados Unidos, México y Canadá prevalece, a diferencia del artículo 25 del Convenio CIADI, un requisito de que se mantuviera de manera constante la nacionalidad del inversor hasta la fecha en que se resolviera la controversia, y procedió a declarar que había perdido su jurisdicción aún luego de celebrada la audiencia de mérito (*Loewen c. Estados Unidos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo del 26 de junio de 2003, §1).

30. Ver, por ejemplo, *Société Ouest Africaine des Bétons Industriels c. Senegal*, Caso CIADI No. ARB/82/1, Decisión de Jurisdicción del 1 de agosto de 1984, §41, *Liberian Eastern Timber Corporation c. República de Liberia*, Caso CIADI No. ARB/83/2, Decisión de Jurisdicción del 24 de octubre de 1984, 2 *ICSID Reports* 349, 351, *Amco Asia Corporation y otros c. República de Indonesia*, Caso CIADI No. ARB/81/1, Decisión de Jurisdicción del 25 de septiembre de 1983, §14(ii).

31. *SCRIVATER*, *op. cit.*, comentario al artículo 25 del Convenio CIADI, §883 (traducción libre).

32. Ver nuestro comentario anterior en la nota al pie #10 *supra*.

contratante” a efectos del artículo 25(2)(b) del Convenio CIADI luego de esa fecha crítica, el inversor podía adquirir en ese momento posterior la posibilidad de invocar válidamente la jurisdicción del Centro.³³

Finalmente, nos dedicaremos brevemente a un supuesto particular, que es el de las cesiones derivadas de cobros percibidos por el inversor originario como consecuencia de coberturas de seguros de riesgo político. Si bien coincidimos, como cuestión general, con la apropiada afirmación del Prof. SCHREUER acerca de que “no puede asumirse con ligereza... que el consentimiento pueda ser transferido a otras partes sin la aprobación de la contraparte al acuerdo originario de donde surge el consentimiento”,³⁴ consideramos que, una vez que un asegurador ha desinteresado al inversor damnificado por una violación de derecho internacional, y sujeto a que los requisitos *ratione personae* respecto de la nacionalidad del asegurador se cumplan en la especie,³⁵ no parecería haber obstáculos sustanciales para que el asegurador/pagador reclame por esas violaciones, subrogándose en los derechos del inversor originario.

De hecho, los tratados bilaterales acostumbra a contener formulaciones que constituyen esa ‘aprobación’, cuando prevén que los organismos aseguradores del Estado del que el inversor es nacional puedan subrogarse en todos sus derechos y reclamos en la medida de la indemnización pagada al inversor, aunque

33. En la adopción de esa tesis, el tribunal asignó gran importancia a que, en su interpretación, las partes habían pactado específicamente esa posibilidad en el contrato del que surgía la jurisdicción del centro (*Aucoven v. Venezuela*, Decisión de Jurisdicción, §124), lo que aviva la discusión acerca de si las partes podrían haber pactado una extensión de la jurisdicción del CIADI distinta y más amplia que la establecida en el propio Convenio CIADI.

34. SCHREUER, *op. cit.*, comentario al artículo 25 del Convenio CIADI, §303 (traducción libre).

35. SCHREUER sostiene, de manera casi enfática, que el dispositivo CIADI no estaría disponible cuando los aseguradores fueran Estados, entidades estatales u organismos multilaterales (“The clear wording of Art. 25(1) cannot be re-interpreted to cover disputes involving States, State agencies or international organizations on the investor’s side”, *Id.*, §365), aunque la decisión adoptada en *CSOB v. Eslovaquia* parece contradecir este argumento (*Ceskoslovenska Obchodní Banka v. Eslovaquia*, Caso CIADI No. ARB/97/4, Decisión de Jurisdicción del 24 de mayo de 1999, §32) (“...the transfer of the economic risk in the outcome of a dispute should not and has not been deemed to affect the standing of a claimant in an ICSID proceeding, regardless whether or not the beneficial owner is a State Party or a private party”).

debemos anotar también la existencia de tratados bilaterales en los que esa subrogación en los derechos excluye específicamente la posibilidad de interponer un reclamo bajo los mecanismos de resolución de controversias permitidos al inversor bajo el TBI,³⁶ en cuyo caso, por supuesto, no existirá jurisdicción bajo el Convenio CIADI.

Cuanto antecede se refiere a la cuestión de los efectos jurisdiccionales de las transferencias de reclamos o inversiones ocurridas luego del surgimiento de una controversia. De manera adicional a ello, debemos dedicarnos, aunque más no sea tangencialmente, a un aspecto no menos interesante, como es el de los efectos de esas transferencias, o de la práctica que de ellas se hace, respecto de la viabilidad del mérito de un reclamo.

Por motivos que no encuentran hoy lugar entre estas páginas,³⁷ puede identificarse en el arbitraje de inversión una tendencia creciente a reclamar en concepto de daños sumas exorbitantes, que exceden muchas veces en múltiplos notables las sumas invertidas o las expectativas de ingresos derivados de la inversión.³⁸ Dado que el valor de mercado de la inversión, con razón o sin ella, resulta finalmente el indicador más utilizado para la cuantificación de los daños,³⁹ cualquier cesión –total o parcial-

36. Ver, por ejemplo, el TBI Argentina-México, §6 (“En caso de que una Parte Contratante o entidad por ella designada haya otorgado cualquier garantía financiera sobre riesgos no comerciales en relación con una inversión efectuada por sus inversores en el territorio de la otra Parte Contratante y desde el momento en que la primera Parte Contratante o su entidad designada haya realizado pago alguno con cargo a la garantía concedida, la primera Parte Contratante o la entidad designada será beneficiaria directa de todo tipo de pagos a que pudiese ser acreedor el inversor. En caso de controversia, únicamente el inversor podrá iniciar o participar en procedimientos ante los tribunales nacionales o sometida a tribunales de arbitraje internacional de acuerdo con las disposiciones del Artículo Décimo y del Anexo del presente Acuerdo”) (el subrayado nos pertenece).

37. Para una inteligente descripción del fenómeno, ver REED, Lucy, Less is More, More or Less, en *World Arbitration and Mediation Review*, Vol. 2-4 (2008), pp. 101 y ss.

38. Tómese, a guisa de ejemplo, el caso de *Saba Fakes v. Turquía*, en el que el demandante reclamaba una suma cercana a los USD 19.000.000.000 por la presunta expropiación de acciones que había adquirido por USD 3.800 algunos días antes (*Saba Fakes v. Turquía*, Caso CIADI Nro. ARB/07/20, Laudo del 14 de julio de 2010, §139).

39. Como sostienen WEISBURG y RYAN, “... demandantes, demandados y tribunales por igual parecen frecuentemente perdidos respecto de cómo calcular los daños en un caso en particular. En muchos casos, independientemente de la naturaleza del reclamo, las partes parecen adoptar por defecto metodologías que han sido tradicionalmente aplicadas en casos de expropiación total”. (WEISBURG, Henry, y RYAN, Christopher, *Means to be made whole: Damages in the context of international investment*

de la inversión o del reclamo una vez surgida la controversia generará, inevitablemente, una importante tensión argumental en la cuantificación de los daños.

Esta tensión surgirá inevitablemente por motivo de que es poco probable que el mercado acepte como precio por el reclamo el valor exagerado reclamado ante los tribunales, y de que los demandantes –o sus abogados– temerán seguramente que los tribunales, enterados del valor al que el reclamo ha sido transado, cedan a la tautología de considerar que no hay valor de mercado más certero que el que el mercado determina, reduciendo el monto de los eventuales daños en proporción al precio percibido en la transferencia. En consecuencia, no es poco común –ni por ello menos reprochable– que los demandantes y letrados renieguen de revelar el precio al que transferencias de activos o reclamos se realizan, o lo oculten o sepulsen entre miles de páginas de presentaciones numéricas, especialmente cuando esas transferencias ocurren en momentos cercanos a la fecha-valor a la que la valuación de daños se realiza.⁴⁰

Así, comprobamos que, luego de nacida la controversia, la cesión de la inversión o del reclamo que allí se ha forjado puede tener importantes efectos jurisdiccionales –llegando incluso a privar de jurisdicción a un tribunal de inversión–, pero también que, aun en los casos en que esos efectos no se configuran, la cuestión puede llevar a corolarios de gran interés en la decisión a que el tribunal llegue en materia de méritos, especialmente cuando el precio al que la cesión se realiza difiere notablemente del valor proporcional asignado a la inversión a efectos de la cuantificación de los daños.⁴¹

arbitration, en DERAINS, Yves y KREINDLER, Richard (Eds.), *Evaluation of Damages in International Arbitration*, ICC Publications (2006), pág.165) (traducción libre). Lucy REED sostiene, acertadamente, que esa metodología frecuentemente consiste en la determinación del valor de mercado de la inversión al momento de la expropiación (REED, *op. cit.*, p. 103).

40. Lamentablemente, motivos de confidencialidad impiden al autor brindar más detalles sobre algunos casos en que estas experiencias han transado en cálidos debates durante audiencias de mérito ante tribunales del CIADI, pero invitamos cordialmente al lector a indagar sobre el punto a aquellos colegas que sean vistos sonrojándose al leer estas líneas.

4. CESIONES POSTERIORES AL DICTADO DEL LAUDO

En la sección anterior sosteníamos que la apropiación de premisas jurisdiccionales importadas, como por *horror vacui*,⁴² de los preceptos rectores de la actividad de la Corte Internacional de Justicia no parece ser el mecanismo más apropiado para explicar y entender la práctica de los tribunales arbitrales del CIADI. De hecho, puede sostenerse que, en el especialísimo marco del Convenio CIADI, las cuestiones y efectos de la nacionalidad de las partes del proceso arbitral no sólo no se agotan al alcanzarse las fechas críticas del artículo 25(2) del Convenio sino que, para diversos propósitos, recién comienzan allí, y se proyectan, incluso, hasta después de dictado el laudo, afectando también la viabilidad u oponibilidad de la cesión que se intente.⁴³

En efecto, si bien la calidad de parte en un arbitraje del CIADI y la jurisdicción *ratione personae* del Centro a su respecto comienzan, como se discute en la sección anterior, con el perfeccionamiento de los actos requeridos bajo el Convenio por quienes cumplan con los requisitos de nacionalidad en las fechas críticas allí establecidas, esa calidad, y los efectos que se desprenden de ella, constituyen cuestiones de enorme relevancia práctica y jurídica aún después de dictado el laudo, impidiendo que éste sea válidamente transferido a partes distintas de las partes litigantes. Encontramos elementos confirmatorios de estos efec-

41. Sin adentrarnos en detalle en la materia, resta todavía la cuestión de si, ocurrida la cesión del reclamo u otra operación que tenga por efecto desinteresar al inversor originario, puede subsistir la posibilidad de realizar un reclamo en arbitraje de inversión. La cuestión es resumida por SCHREUER en los siguientes términos: "Once..., the investor may no longer be an injured party; [it] may hence have no claim against the host State" (SCHREUER, *op. cit.*, comentario al artículo 25 del Convenio CIADI, §305).
42. En los albores de la ciencia médica, se consideraba que la naturaleza aborrecía el vacío, y que al realizarse un corte, la sangre fluía desde los órganos hacia los ductos que ahora denominamos 'venas' y 'arterias' importada por fuerza de ese mismo horror al vacío, u '*horror vacui*'. A mediados del Siglo XVII, el jurista, físico y alcalde de Magdeburgo OTTO VON GUERICKE (1602-1686), realizó la más recordada demostración del equívoco epistemológico del *horror vacui*, al generar, con una bomba de su invención, una esfera -paradójicamente- llena de vacío, e intentar vanamente separarla con 15 pares de caballos.
43. Nuevamente, nos referiremos aquí primordialmente a la cuestión relativa a la cesión de laudos dictados bajo el Convenio CIADI, por entender que reflejan caracteres de esencial interés al estudio del "arbitraje público internacional" al que se refería MESTRELLI en la cita con la que comenzamos estas páginas.

tos en diversas cuestiones, que hemos sistematizado conforme la siguiente clasificación:

4.1 Efectos Relativos a los Recursos

Una vez dictado el laudo, surge a su respecto la posibilidad, para las partes, de interponer alguno de los recursos previstos bajo el Convenio CIADI. Estos recursos consisten, según los términos del Convenio, en solicitudes para que el laudo sea rectificado,⁴⁴ aclarado,⁴⁵ revisado⁴⁶ o anulado,⁴⁷ las que, en todos los casos, sólo podrán ser presentadas por las partes litigantes.⁴⁸ Ello lleva, necesariamente, a que no pueda escindirse, en el sistema del Convenio, la calidad de parte en la controversia de la de titular del laudo que se emita, mientras subsista la posibilidad de que cualquiera de las partes interponga a su respecto alguno de los recursos mencionados.⁴⁹

Esta conclusión se hace particularmente insoslayable al analizarse los supuestos fácticos en los que procede, por ejemplo, el recurso de interpretación previsto en el artículo 50 del Convenio CIADI, en cuanto debe existir, para poder solicitarlo, *“una diferencia entre las partes acerca del sentido o alcance del laudo”*.⁵⁰ Debe

44. Convenio CIADI, §49(2).

45. *Id.*, §50.

46. *Id.*, §51.

47. *Id.*, §52.

48. Arg. Convenio CIADI, §§ 49(2) (“A requerimiento de una de las partes...”), 50(1) (“Si surgiere una diferencia entre las partes...cualquiera de ellas podrá solicitar”), 51(1) (“Cualquiera de las partes podrá pedir...”) y 52(1) (“Cualquiera de las partes podrá solicitar...”).

49. Respecto de la posibilidad de interpretar que la cesión del laudo implicará la sustitución de la calidad de parte litigante a estos efectos, consideramos que ello no podría suceder sin que la otra parte o partes en el procedimiento presten su consentimiento al desistimiento de la calidad de parte por el cedente, por aplicación del claro precepto del artículo 25(1) del Convenio (“El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”). La cuestión es aclarada en el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco Mundial que propone la celebración del Convenio CIADI, quienes sostienen que “El presente convenio ofrece métodos internacionales de arreglo destinados a tomar en consideración las características especiales de...las partes a que habrá de aplicarse. [...] Específicamente, aseguraría que, una vez que un gobierno o un inversionista diera su consentimiento a la conciliación o al arbitraje bajo los auspicios del Centro, tal consentimiento no podría ser revocado unilateralmente” (Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, §11).

50. Convenio CIADI, §50(1).

notarse, especialmente, que el Convenio CIADI no prevé un plazo dentro del cual pueda solicitarse el recurso de interpretación, como sí sucede con otros recursos allí previstos,⁵¹ lo cual se condice con la posibilidad de que el laudo ordene prestaciones que no se agoten en un único pago, o que no sean necesariamente un pago en dinero,⁵² lo que puede razonablemente suscitar diferencias interpretativas en momentos largamente posteriores al laudo.

La situación es todavía más clara cuando el laudo condena a ambas partes a llevar a cabo prestaciones cruzadas, ya que permitir la cesión de la calidad de parte deudora permitiría una sustracción voluntaria de la jurisdicción del tribunal incompatible con el fin y propósito del Convenio,⁵³ que prevé de manera definitiva que “el laudo será obligatorio para las partes”,⁵⁴ y que “Ellas partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos”.⁵⁵

Al respecto, se ha llegado incluso a sostener que la literalidad del laudo –lo que, sin dudas, incluye necesariamente a la designación de las partes allí litigantes– no puede ser modificada ni perder efectividad a menos que se dicte, a su respecto, una decisión de rectificación, aun en caso de que existieran errores en su formulación que pudieran tener efectos sobre el decisorio

51. Estos plazos son de 45 días desde la fecha del laudo para la rectificación, pero pueden llegar hasta los tres años para el caso de los procesos de revisión (Convenio CIADI, §51(2)) o anulación (Convenio CIADI, §52(2)). En todos los casos, en el supuesto de que luego del dictado del laudo se dictara una decisión de rectificación, esos plazos correrán desde la fecha en que se hubiera dictado esa última decisión (Convenio CIADI, §49(2)). Debe notarse, finalmente, que respecto de una decisión de anulación puede también interponerse un recurso de rectificación (Convenio CIADI, §52(4)), lo que llevará, lógicamente, a que el vencimiento del último de estos plazos se postergue de manera acorde.
52. Nótese, por ejemplo, que Convenio CIADI sólo obliga a los Estados contratantes a hacer ejecutar dentro de su territorio “las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo” (Convenio CIADI, §54(1)), lo que demuestra que las prestaciones pueden tener un contenido no pecuniario. Al mismo tiempo, encontramos que el Convenio CIADI permite a los Estados prestar protección diplomática a sus nacionales en caso de que un Estado contratante condenado bajo un laudo CIADI “haya dejado de cumplirlo” (Convenio CIADI, §27(1)), lo que demuestra que el tribunal puede ordenar prestaciones distribuidas a lo largo de un período. El Convenio no contiene disposiciones que regulen la duración máxima de ese período.
53. Arg. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, §31(1).
54. Convenio CIADI, §53(1) (el subrayado nos pertenece).
55. *Ibid.* (el subrayado nos pertenece).

mismo.⁵⁶ Sin pronunciarnos a favor o en contra de esta tesis, esto implicaría que, en la medida en que ni siquiera el error más burdo o pequeño pueda ser modificado sin intervención del tribunal, no podría derogarse un elemento tan definitorio del laudo como la identidad de las partes por un hecho o acto en el que interviene solamente a una de ellas. A todo evento, resulta necesario coincidir con el corolario expresado por el Prof. SCHREUER de que *"todo cumplimiento de buena fe con el texto original del laudo será legítimo hasta tanto el laudo haya sido modificado"*.⁵⁷

4.2 Efectos relativos a la Protección Diplomática⁵⁸

El Convenio CIADI establece que

Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo.⁵⁹

Como se ve, las obligaciones derivadas de esta disposición alcanzan sólo a los Estados contratantes del Convenio CIADI, y lo hacen en la medida en que uno de sus nacionales haya sometido una controversia a arbitraje o haya consentido en hacerlo. En la medida en que se permitiera que el laudo circulara a

56. SCHREUER, *op. cit.*, comentario al artículo 53 del Convenio CIADI, §51 ("... even if the omission or the clerical, arithmetical or similar error concerned affects the performance of the award, the obligation to comply with the award in its original form remains unchanged until the tribunal has given its decision which then becomes part of the award.") (el subrayado nos pertenece).

57. *Id.*, §65 (traducción libre).

58. Si bien consideramos que la cuestión de la protección diplomática demuestra con especial claridad los problemas que afectan la cesibilidad de un laudo CIADI, no dejamos de advertir que, como cuestión epistemológica, cuanto aquí se diga resultará igualmente de aplicación a lo largo de todo el plazo en que los Estados contratantes bajo el Convenio CIADI se han obligado a no prestar protección diplomática, lo que comienza con el *dies a quo* con el consentimiento o sometimiento de la controversia al CIADI (Arg. Convenio CIADI, §27(1)).

59. Convenio CIADI, §27(1) (el subrayado nos pertenece).

manos de un nacional de un Estado no contratante, o a alguien distinto de quien consintió en someter la cuestión a arbitraje, esta prohibición no alcanzaría al Estado del cual el nuevo titular fuera nacional, lo que parecería desvirtuar el efecto principal de la disposición.

Comentarios de diversa fuente sobre esta cuestión llevan a la conclusión de que, en la inteligencia del Convenio, el inversor perjudicado en su inversión, la parte litigante y el titular del laudo que dicte un tribunal del CIADI serían una y la misma persona.

Por una parte, se ha sostenido que sólo el Estado del que el inversor perjudicado en su inversión es nacional podría prestar protección diplomática,⁶⁰ lo que lleva a sostener que, dado que un adquirente-cesionario del laudo no habría realizado la inversión a la que se refiere la diferencia,⁶¹ permitir la cesión del laudo a un nacional de un Estado que no estuviera así impedido de brindar protección diplomática implicaría aceptar un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable,⁶² contrario a las reglas de interpretación aplicables al Convenio.⁶³

De otra parte, diversos tribunales arbitrales han sostenido, con marcada elocuencia, que

“el propósito mismo del Convenio CIADI ha sido, justamente, el de proteger a los Estados receptores de intervenciones diplomáticas y ‘despolitizar’ las relaciones de inversión, por lo que atentaría contra los fines y propósitos del Convenio exponer al Estado al mismo tiempo a presiones diplomáticas y a un reclamo en arbitraje”,⁶⁴

60. SCHREUER, *op. cit.*, comentario al artículo 53 del Convenio CIADI, §43 (“Diplomatic protection for the purpose of securing compliance with the award may be exercised by the State of nationality of the aggrieved natural or juridical person”). Ver también, *id.*, §46 (“States parties to the ICSID Convention, other than the investor’s State of nationality, have no right of diplomatic protection”).

61. Arg. Convenio CIADI, §25(1) (“diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión”).

62. Arg. Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, §32(b).

63. Ver nota al pie #26 *supra*.

64. *BANRO c. Congo*, Caso CIADI Nro. ARB/98/7, Laudo del 1 de septiembre de 2000, §19 (traducción libre).

y que, ya desde una perspectiva histórica, la protección diplomática sólo mantiene su *raison d'être* en la medida en que no se produzcan cambios en la nacionalidad del inversor.⁶⁵

Entendemos que el dispositivo contenido en el Convenio CIADI respecto a la protección diplomática explica el punto hasta el que el sistema está diseñado de modo de bloquear la cesión de la calidad de parte en la controversia aun después de que renazca la protección diplomática por aplicación del artículo 27(1), ya que, al impedir esa cesión, “evita una situación en la cual el Estado demandado tiene una obligación para con el Estado reclamante por un perjuicio causado a una persona que ya no es de interés jurídico para ese Estado”,⁶⁶ lo que coincide con las recomendaciones surgidas de la CDI para la adopción de reglas positivas en materia de protección diplomática.⁶⁷

La situación es todavía más clara cuando la cesión pretendida tiene por cesionario a un nacional del Estado demandado, ya que, en ese caso, por supuesto, no cabría esperar que la protección diplomática fuera permitida en tanto, como comenta con estupor el Informe de la CDI sobre la Protección Diplomática “¡el Estado demandado hubiera tenido entonces que pagar una indemnización a otro Estado respecto de un perjuicio causado a su propio nacional!”⁶⁸

65. *Loewen c. Estados Unidos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo bajo el Mecanismo Complementario del 26 de junio de 2003, §229 (“When investment claims were negotiated and resolved only at a governmental level, any change in nationality of the claimant defeated the only reason for the negotiations to continue. The claiming government no longer had a citizen to protect”).

66. Comisión de Derecho Internacional, Séptimo Informe sobre la Protección Diplomática (Relator Especial, John DUGARD) (2006), Documento A/CN.4/567, §38.

67. *Ibid.* (“[d]esde el punto de vista sustantivo, esta norma es preferible”).

68. *Id.*, §40.

4.3 Efectos Relativos al Reconocimiento y ejecución del laudo

Para finalizar, anotaremos también que el sistema de arbitraje contenido en el Convenio CIADI también restringe la posibilidad de instar el reconocimiento y ejecución de un laudo exclusivamente a las partes litigantes al establecer, en el artículo 54, los pasos que deberá seguir “[l]a parte que inste el reconocimiento o ejecución del laudo en los territorios de un Estado Contratante”.⁶⁹

Comentando esta disposición, el Prof. SCHREUER sostiene, de manera categórica, que “el artículo 54 no distingue entre el reconocimiento y ejecución contra inversores, por una parte, y contra Estados receptores por la otra. En consecuencia, esto puede ser realizado por cualquiera de las partes del procedimiento arbitral”.⁷⁰

Lejos de constituir una coincidencia terminológica, se ha sostenido con convicción que el dispositivo del artículo 54 debe leerse conjuntamente con los requisitos de nacionalidad del artículo 25 –de donde se sigue que estos deben mantenerse hasta el momento de la eventual ejecución del laudo–, ya que ello constituye el sinalagma acordado entre los Estados contratantes bajo el Convenio para establecer condiciones de reciprocidad en materia de obligaciones relativas al reconocimiento y ejecución de laudos CIADI.⁷¹ En consecuencia, veremos que si se permitiera que el reclamo o el laudo circularan entre el sometimiento de una controversia a la jurisdicción del Centro y la ejecución del laudo que se dictara en su consecuencia, se violaría el compromiso negociado y alcanzado entre los Estados contratantes respecto de sus obligaciones recíprocas.

69. Convenio CIADI, §54(2).

70. SCHREUER, *op. cit.*, comentario al artículo 54 del Convenio CIADI, §7 (traducción libre) (el subrayado nos pertenece).

71. *Id.*, §26 (“The requirement under Art. 25 that the investor must be a national of a Contracting State assures that its State of nationality will be bound by Art. 54”) (citas internas omitidas).

5. CONCLUSIÓN

La historia moderna de la humanidad muestra que, de tiempo en tiempo, y a pesar de los notables avances en las ciencias, las artes y en la conciencia generalizada respecto de ciertos derechos inalienables, no ha podido todavía erradicarse la posibilidad de que un Estado adopte conductas que resultan violatorias de sus obligaciones internacionales, causando daños a nacionales o extranjeros por los que resulta responsable bajo el derecho internacional. Esto incluye, como mencionábamos al comenzar estas líneas, el campo cada vez más fértil del derecho internacional de las inversiones, cuyos postulados en materia obligacional y compensatoria no se alejan, con todo, del tronco común del derecho internacional general.

En consecuencia, así como seguramente encontraremos fuerte reticencia a aceptar que una entidad financiera que adquiera a valor vil los derechos a compensación de víctimas de 'limpiezas étnicas' tenga el mismo *ius standi* que las víctimas mismas para reclamarlas a su pleno valor, debemos cuidarnos también muy bien de permitir que terceros que no realizaron inversión alguna en el territorio de un Estado invoquen desembozadamente derechos ajenos como reclamos propios, sobre todo en la medida en que, como consecuencia de esos reclamos, no resulta beneficiado el inversor perjudicado, ni el Estado receptor, ni el sistema internacional de las inversiones, ni el desarrollo económico ni humano de una población o un conjunto de ellas, sino sólo quien, especulando con los derechos ajenos, se entromete en una relación jurídica sin otro propósito que acuñarse en las hendiduras del sistema de derecho internacional para su propio beneficio económico.⁷²

72. En algunas jurisdicciones del *common law*, subsisten todavía vestigios del antiguo derecho feudal, que, bajo la denominación de *maintenance* y de *champerty*, apuntan, con efectos reducidos respecto de los originales, a impedir y penalizar la interferencia en los reclamos ajenos (*maintenance*), lo que se considera agravado en caso de que esa interferencia tuviera por objeto el hacerse con una porción del producido de ese reclamo (*champerty*). Sin adentrarnos en esta instancia en el efecto particular de ciertos arreglos de honorarios contingentes o de financiamiento de litigios sobre las cuestiones que aquí debatimos, encontramos recomendable recordar que instituciones de este tipo, o las que, por

A lo largo de estas páginas nos hemos pronunciado acerca de los límites dentro de los cuales un inversor puede legítimamente transferir sus derechos sobre un determinado proyecto sin sacrificar por ello el acceso a los mecanismos de tutela supranacional que la gran mayoría de los Estados han diseñado –luego de sesudas negociaciones bilaterales y multilaterales– en su beneficio exclusivo. Es nuestra esperanza que estas líneas sirvan como combustible para el debate acerca de los elementos que deben tenerse en cuenta para que la circulación de esos activos suceda sin pérdida para el inversor, y sin violar los acuerdos así alcanzados, ni sus fines y propósitos.

Buenos Aires, Agosto de 2010.

razón del tiempo, las han sucedido en el desarrollo del derecho moderno, deben todavía ser honradas en el panteón de las normas venerables. Para una interesante discusión de estas instituciones en la práctica moderna del arbitraje internacional, ver NG, Jern-Fei, United Kingdom: The Role of the Doctrines of Champerty and Maintenance in Arbitration, disponible en http://www.mondaq.com/article.asp?article_id=103272

Particularidades del Acceso al Arbitraje Internacional en los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por la República del Ecuador

C. Ignacio Suarez Anzorena

SUMARIO

Introducción. 1. Anatomía de un TBI. 2. Solución de Disputas Inversor-Estado. 2.1. Consideraciones iniciales. 2.2.- Periodos de espera/negociación. 2.3. Opciones jurisdiccionales. 2.4. Jurisdicciones disponibles. 2.5. Extensión material de la cláusula de solución de controversias. 3. Operación de la cláusula de Nación más favorecida en materia procesal. 4. Consideraciones finales.

Introducción

La relevancia de los TBIs en el Derecho Internacional Económico Contemporáneo

El presente trabajo tiene como objetivo brindar una introducción a los aspectos operativos de los mecanismos de solución de controversias entre inversores y estados que establecen los Tratados Bilaterales de Inversión ("TBIs"). En particular, la atención se centrará en el rol que el arbitraje internacional cumple en tal contexto y en los requisitos que condicionan el acceso a tan especial jurisdicción.

Los TBIs se han transformado en uno de los instrumentos centrales del Derecho Internacional económico contemporáneo desde que, la por entonces República Federal de Alemania tomó la iniciativa de promover este tipo de acuerdos interestatales allá por 1959¹. Todo comenzó –o al menos tomó una forma similar a la actual– en 1957, cuando un grupo de empresarios alemanes, reunidos en Colonia, publicaron un proyecto dirigido a fomentar la protección de sus inversiones en el extranjero, el cual se denominó *International Convention for the Mutual Protection of Property Rights in Foreign Countries*².

Mucha agua ha corrido bajo el puente desde ese entonces y los TBIs se han transformado en la herramienta jurídica internacional más difundida para promover los flujos internacionales de capital. La fórmula sobre la que se asienta tal vocación de promoción es muy simple: brindar a los inversores ciertas garantías de trato sustancial y procesal a los fines de facilitar la administración del riesgo político asociado con los proyectos de inversión en jurisdicciones extranjeras. Tal riesgo político tiene componentes variados, siendo los más importantes: i) la incertidumbre regulatoria propia de incursionar en sistemas legales desconocidos; y ii) los posibles déficits institucionales –o la percepción de éstos– en una cierta jurisdicción, lo cual incide en el riesgo de que el estado huésped interfiera con el uso y goce de una inversión sin brindar remedios adecuados.

En la medida que los TBIs sirven para administrar el riesgo político, el efecto esperado es que aumente el volumen de inversión por devenir al volverse viables ciertos proyectos que no lo eran previamente, y/o se reduzca el costo del capital relativo a los proyectos de inversión en la medida que se le da mayor certidumbre legal a su continuidad. Es importante entender, a estos fines, que un proceso de inversión está generalmente condicionado por una asimetría de información originaria: el inversor

1. Ver "The Proposed Convention to Protect Private Foreign Investment", *Journal of Public Law*, volume 9, 1960, p. 115.

2. *Ibid.* p. 116.

tiene capacidad de negociar hasta que invierte, pero luego de que instala riqueza en el estado huésped, queda a merced de sus instituciones y circunstancias, no sabiendo si en el mediano o largo plazo los compromisos asumidos y las expectativas creadas serán efectivamente honrados.

La siguiente información estadística ilustra acerca de la importancia de los TBIs en el Derecho Internacional económico contemporáneo³:

- Para fines del año 2008 se habían firmado un total de aproximadamente 2.676 TBIs.
- 483 TBIs, un 18% del total, tienen como parte a países de América Latina y el Caribe. Durante el año 2008, ésta fue la región menos activa en cuanto a la conclusión de nuevos TBIs.
- Los Tratados sobre Doble Imposición Tributaria, que constituyen el otro instrumento tradicional dirigido a facilitar los flujos de capitales internacionales, sumaban aproximadamente 2.805 para fines de 2008.
- A fines de 2009 ya se habían verificado un total de 357 disputas entre inversores y estados con base en un TBI, de los cuales un 57% fueron iniciados desde a partir del año 2005. Del total de casos citados, 225 fueron registrados ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI")⁴ o ante el

3. Ver publicación de la organización United Nations Conference on Trade And Development ("UNCTAD"): *Recent Developments in International Investment Agreements*, (2008-June 2009), IIA Monitor 3 (2009).

4. CIADI es una organización internacional que administra procedimientos de arbitraje y conciliación relativos a disputas entre partes estatales e inversores extranjeros. El CIADI tiene origen en un tratado, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados ("Convenio CIADI"), el cual regula su funcionamiento, así como también las obligaciones de los estados contratantes con relación al CIADI y a los procedimientos que éste administra. El Convenio CIADI fue concebido y redactado bajo los auspicios del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el "Banco Mundial") y sometido a consideración de los gobiernos miembros de tal organismo el 18 de marzo de 1965. Entró en vigencia el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países. En el presente, está en vigor con relación a más de 144 estados (para una lista de los miembros, véase: www.worldbank.org/icsid). El Convenio CIADI es uno de los instrumentos jurídicos de Derecho Internacional más exitosos del mundo contemporáneo. La República del Ecuador se suscribió al Convenio CIADI el 15 de enero de 1986 y en febrero de ese mismo año entró

Mecanismo Complementario del mismo centro; 91 ante la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional ("CNUDMI" o "UNCITRAL", según sus siglas en inglés); 19 ante la Cámara de Comercio de Estocolmo ("CCE"); 8 casos fueron administrados por la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya ("CPA"); 5 con la Cámara de Comercio Internacional ("CCI") y 1 en el Centro Regional de Arbitraje Comercial Internacional de El Cairo. Existen 4 casos más, de los cuales no se cuenta con información acerca de la reglamentación aplicable.⁵

La República del Ecuador ha sido uno de los protagonistas principales en este campo del derecho en los últimos años, habiendo suscrito más de 20 TBIs,⁶ y habiendo estado involucrado en al menos 12 disputas.⁷ El gobierno de Ecuador fue condenado en los casos Occidental⁸, Chevron⁹, Repsol¹⁰ y Duke-

en vigencia. La República del Ecuador ha denunciado el Convenio CIADI en julio de 2009, denuncia ya se ha hecho efectiva a partir del 7 de enero de 2010.

5. Ver publicación de UNCTAD: "Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement", (IIA Issues Note No 1 (2010) IIA).
6. Ver Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por la República del Ecuador en la base de datos de UNCTAD (http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch___779.aspx) y el Sistema de Información de Comercio Exterior ("SICE") de la Organización de los Estados Americanos (http://www.sice.oas.org/cty/index/ECU/ECUBITs_s.asp). Allí se hace referencia a los tratados firmados con la República Argentina, firmado el 18/02/1994, en vigencia desde el 01/12/1995; con la República Alemana, firmado el 21/03/1996, en vigencia desde el 12/02/1999; con la República de Bolivia, firmado el 25/05/1995, en vigencia desde el 15/08/1997; con el Gobierno de Canadá, firmado el 29/04/1996, en vigencia desde el 06/06/1997; con la República de Chile, firmado el 23/10/1993, en vigencia desde el 21/02/1996; con la República Popular China, firmado el 21/03/1994, en vigencia desde 01/07/1997; con la República de Costa Rica, firmado el 06/12/2001 (no se cuenta con información de que haya entrado en vigencia); con la República de El Salvador, firmado el 16/05/1994, en vigencia desde el 14/01/1996; con el Reino de España, firmado el 26/06/1996, en vigencia desde el 18/06/1997; con los Estados Unidos de América, firmado el 27/08/1993, en vigencia desde el 11/05/1997; con la República Francesa, firmado el 07/09/1994, en vigencia desde el 10/06/1996; con la República de Nicaragua, firmado el 02/06/2000, en vigencia desde el 08/09/2002; con la República del Paraguay, firmado el 02/06/2000, en vigencia desde el 08/09/2002; con la República del Perú, firmado el 07/04/1999, en vigencia desde el 09/12/1999; con el Reino de los Países Bajos, firmado el 27/06/1999, en vigencia desde el 01/07/2001; con el Gobierno de Rumania, firmado el 21/03/1996 (no se cuenta con información de que haya entrado en vigencia); con el Reino de Suecia, firmado el 01/05/2001, en vigencia desde el 31/05/2001; con la Confederación Suiza, firmado el 02/05/1968, en vigencia desde el 09/11/1969; con el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, firmado el 10/05/1994, en vigencia desde 24/08/1995; con el Gobierno de la República Dominicana, firmado el 26/06/1998 (no se cuenta con información de que haya entrado en vigencia); con la República de Venezuela, firmado el 18/11/1993, en vigencia desde 01/02/1995.

Electroquil¹¹ y obtuvo laudos favorables en los casos MCI¹², Encana¹³ y Empresa Eléctrica del Ecuador¹⁴. En el presente hay varios casos pendientes contra Ecuador.¹⁵

La República de Ecuador ha tomado medidas en los últimos tiempos para intentar reducir su exposición a este tipo de reclamos. En 2008 Ecuador denunció 9 TBIs, en su mayoría con paí-

7. Por ejemplo: *Burlington Resources Inc. y otros versus República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*, [Caso CIADI No. ARB/08/5]; *IBM World Trade Corp. versus República del Ecuador*, [Caso CIADI No. ARB/02/10]; *Noble Energy Inc. and Machula Power Co., Ltd. versus República del Ecuador y Consejo Nacional de Electricidad*, [Caso CIADI No. ARB/05/12].
8. En *Occidental Exploration and Production Company versus República del Ecuador*, [Caso Corte de Arbitraje Internacional de Londres No. UN3467], Ecuador fue condenado a pagar la suma de US\$ 75.074.929 más intereses y gastos legales. En *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company versus República del Ecuador*, [Caso CIADI No. ARB/06/11], al momento de la preparación de este artículo, no se ha dictado laudo final.
9. En *Chevron Corporation (USA) and Texaco Petroleum Company (USA) versus República del Ecuador*, [Caso CNUDMI, laudo parcial de méritos de 30 de marzo de 2010], el Tribunal decidió que Ecuador violó el Artículo II (7) del TBI y como consecuencia es responsable por los daños causados a las demandantes.
10. En *Repsol YPF Ecuador S.A. y otros versus República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*, [Caso CIADI No. ARB/01/10], el Tribunal condenó a Ecuador a pagar la suma de US\$ 13.684.279. La solicitud de anulación presentada por Ecuador en ese caso fue denegada.
11. En *Duke Energy Electroquil Partners & Electroquil S.A. versus República del Ecuador*, [Caso CIADI No. ARB/04/19], Ecuador fue condenado a pagar la suma de US\$ 5.675.546 más intereses y costas legales.
12. En *M.C.I. Power Group L.C. and New Turbine Inc. versus República del Ecuador*, [Caso CIADI No. ARB/03/6], el Tribunal se acogió a la excepción interpuesta por Ecuador sobre la competencia del Tribunal relativa a la irretroactividad del TBI.
13. En *EnCana Corporation versus República del Ecuador*, [Caso CNUDMI, Corte de Arbitraje Internacional de Londres No. UN3481], el Tribunal declaró por unanimidad que los reclamos de la demandada estaban fuera de la esfera de su jurisdicción, excepto por el reclamo basado en el Artículo VIII del TBI, el cual rechazó de plano.
14. En *Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. versus República del Ecuador*, [Caso CIADI No. ARB/05/9], el Tribunal determinó que no tenía competencia para entender en el caso.
15. Al momento de la preparación del presente trabajo, se encuentran pendientes ante el CIADI los casos: *Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company versus República del Ecuador*; *Murphy Exploration and Production Company Internacional versus República del Ecuador*; *Burlington Resources Inc. versus República del Ecuador* (el Tribunal, no obstante declarar su jurisdicción sobre el reclamo de expropiación, declaró falta de jurisdicción con respecto a los reclamos de las demandantes sobre falta de trato justo y equitativo, por trato arbitrario y por falta de protección y seguridad plenas bajo el TBI. Además, el Tribunal, declaró inadmisibles los reclamos de las demandantes por falta de protección y seguridad plenas bajo los Artículos 23 y 24 del TBI); *Perenco Ecuador Limited versus República del Ecuador*; *Repsol YPF Ecuador S.A. y otros versus República del Ecuador*; *Corporación Quiport S.A. y otros versus República del Ecuador*.

ses de Latinoamérica.¹⁶ El 6 de julio de 2009 Ecuador denunció el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados ("Convenio CIADI"), luego de haber sido estado miembro por casi 24 años.¹⁷ Recientemente, la Corte Constitucional del Ecuador se pronunció acerca de la constitucionalidad de ciertas disposiciones de algunos TBIs en vigor a la luz del nuevo texto constitucional, concluyendo que sus cláusulas de solución de controversias no se ajustaban a la normativa doméstica.¹⁸

1. ANATOMÍA DE UN TBI

A los fines de apreciar debidamente la relevancia de la jurisdicción arbitral que consagran los TBIs en beneficio de los inversores, es importante contar con una visión, aunque sea básica y esquemática, de la estructura y de las principales características de tales instrumentos. Ello permite comprender los presupuestos que le sirven de antecedente a la disponibilidad de esta jurisdicción especial y, al mismo tiempo, dimensionar su rol como garantía procesal.

Una de las principales reglas a tener en cuenta al interpretarse los TBIs es la siguiente: parecen todos iguales, pero no lo son, y puede haber diferencias más o menos sutiles entre ellos con decisivas consecuencias frente a un caso determinado. Hecha esta advertencia, puede decirse, sin embargo, que los TBIs y los capítulos relativos a inversiones en los Tratados de

16. Los TBIs denunciados fueron los suscritos con: Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, República Dominicana, Paraguay, Uruguay y Rumanía. Cabe notar que muchos TBI contienen cláusulas de "ultra-actividad" que mantienen la vigencia de sus protecciones por un lapso determinado para la inversiones realizadas antes de la denuncia.

17. De conformidad con la Convención CIADI, una denuncia tiene efectos luego de transcurridos 6 meses (art. 71 del Convenio CIADI). Previamente, el 4 de diciembre de 2007, Ecuador había realizado una notificación al CIADI de conformidad con el artículo 25 (4) del Convenio CIADI el cual establece la posibilidad de que un estado parte notifique qué clase de diferencias aceptaría someter a la jurisdicción del Centro. No se considera.

18. La Corte Constitucional se pronunció con fecha 3 de agosto del 2010 acerca de los TBI con Alemania y con el Reino Unido, y con fecha 17 de agosto de 2010 acerca del TBIs con China y Finlandia.

Libre Comercio ("TLCs") comparten una cierta anatomía estructural y presentan características comunes susceptibles de ser generalizadas, a los fines, al menos, de un análisis introductorio como el presente.

Un TBI puede dividirse, conceptualmente, en cuatro partes fundamentales:

i) *Campo de aplicación*: Cada TBI define qué tipo de derechos/activos califican como una inversión (campo de aplicación *rationae materiae*), qué tipo de personas físicas o jurídicas pueden invocar los derechos sustanciales y procesales que allí se consagran (campo de aplicación *rationae personae*) y cuál es el ámbito de aplicación temporal del tratado en lo que concierne a su vigencia y a las circunstancias temporales de la disputa (campo de aplicación *rationae temporis*).

ii) *Normas relativas a la admisión de inversiones*: Los TBIs, en general, establecen en que condiciones o circunstancias, o que tipo de inversiones son admisibles bajo sus términos. La mayoría de los TBIs sólo hacen referencia a la admisión de inversiones de conformidad con sus leyes y reglamentaciones¹⁹.

iii) *Normas relativas al tratamiento de las inversiones*: Este es el corazón sustancial de los TBIs. Implica la asunción de obligaciones específicas de trato con relación a las inversiones de inversores que cumplan con las reglas de admisión y califiquen dentro del campo de aplicación del TBI. La mayoría de los TBIs contienen obligaciones en materia de trato justo y equitativo, tratamiento nacional, tratamiento de nación más favorecida, prohibición de tratamiento arbitrario o discriminatorio que perjudique el uso y goce de la inversión, plena protección y seguridad, prohibición de expropiación, directa o indirecta, sin que medie debida compensación, tratamiento en supuestos de emergencias,

19. Ver, por ejemplo, TBI Ecuador - Argentina, artículo 2: "Cada Parte Contratante promoverá en su territorio las inversiones de inversores de la otra Parte Contratante y admitirá dichas inversiones conforme a sus leyes y reglamentaciones".

catástrofes y guerras, y derechos en materia de repatriación de capital y utilidades. Algunos TBIs también obligan al estado huésped a observar las obligaciones que se hayan asumido con relación a inversiones (*cláusulas paraguas*). En el caso de los capítulos de inversiones, las obligaciones de trato sustancial pueden ser notoriamente más amplias e incluir cuestiones relativas a requisitos de desempeño para gozar de ciertas ventajas y prerrogativas, cuestiones relativas a la nacionalidad de los miembros de los órganos de administración de las sociedades, entre otras cuestiones.

iv) *Normas sobre solución de controversias*: Los TBIs contienen dos tipos de mecanismos de solución de controversias. El primero, para aquellas disputas que surgen entre los estados signatarios del TBI con motivo de la aplicación e interpretación de éste³⁰. El segundo, dirigido a resolver las disputas que puedan surgir entre quienes están habilitados para invocar la protección del TBI y el estado huésped de la inversión. Esta contribución está dirigida a analizar los aspectos operativos de este último mecanismo.

2. SOLUCIÓN DE DISPUTAS INVERSOR-ESTADO

2.1 Consideraciones iniciales

El remedio clásico que el Derecho Internacional consuetudinario provee para situaciones en las que un estado viola los derechos que tal ordenamiento consagra a favor de los extranjeros en una cierta jurisdicción, es el de la protección diplomática. La protección diplomática implica el inicio de una reclamación internacional por parte del estado cuya nacionalidad tiene el inversor extranjero y sus derechos han sido violados, contra el

30. En los TLC modernos los mecanismos de solución de disputas entre los estados signatarios se encuentran separados de los capítulos de inversiones.

estado alegadamente ofensor. Presupone, asimismo, que el inversor extranjero ha agotado los remedios internos sin que el daño o agravio haya sido reparado²¹. Es decir, el acceso a un remedio internacional presupone: i) intervención necesaria del estado cuyo nacional ha sido afectado; y ii) agotamiento de remedios internos.

Los TBIs, en tanto *lex specialis*, han transformado dramáticamente el referido escenario al permitir que los inversores administren por sí mismos los derechos allí consagrados, sin que sea necesario el agotamiento de los remedios internos²². Esta relación inmediata entre el inversor y el acceso a una jurisdicción para hacer valer los derechos consagrados por el TBI, sin que sean necesarios ni intermediarios ni largas dilaciones y esfuerzos ante las cortes locales, explica la importancia, difusión y utilidad de estos instrumentos en la escena del Derecho Internacional económico contemporáneo.²³

El acceso a las jurisdicciones que consagran los TBIs presupone el previo cumplimiento acumulativo de requisitos que pertenecen a tres niveles técnico-legales diferenciados. En primer lugar, las circunstancias subjetivas, objetivas y temporales de la disputa deben ser compatibles con el campo de aplicación del TBI, según se define en cada uno de los instrumentos. En segundo lugar, quien invoque en su beneficio las normas relativas a la solución de controversias entre los inversores y los estados debe dar cumplimiento a los requisitos materiales o procesales adicionales, como por ejemplo, períodos de espera, o formalidades de otra naturaleza, que establecen la mayoría de los TBIs como condicionantes del consentimiento a tales mecanismos jurisdiccio-

21. Ver sobre el punto: "Principles of Public International Law", Ian Brownlie; sexta edición, Oxford University Press, p. 472.

22. Este es el caso en la inmensa mayoría de los TBIs. Hay algunos TBIs, sin embargo, que requieren el uso previo de los tribunales locales por un cierto período. Ver artículo 9 (2) del TBI Ecuador - China: "Si el conflicto no puede ser resuelto por medio de negociaciones en un plazo de seis meses, cualquier parte del conflicto tendrá derecho a presentar el mismo al tribunal competente de la Parte Contratante que acepta la inversión."

23. Nótese, sin embargo, que las primeras generaciones de TBIs (década del '60) no establecían un mecanismo de solución de disputas entre inversores y estados.

nales. Finalmente, los reglamentos o normas que regulan las jurisdicciones a las que un cierto TBI permite acceder, pueden requerir el cumplimiento de pautas adicionales. Por ejemplo, el Convenio CIADI requiere el cumplimiento de ciertas pautas *rationae materiae*, *rationae personae* y *rationae temporis* que delimitan la jurisdicción de tal centro de arbitraje. Enfocaremos nuestra atención, en lo sucesivo, en los requisitos mencionados en segundo lugar, es decir, hacia aquellos que hacen a la operación, a los aspectos procedimentales de las cláusulas de solución de controversias entre inversores y estados que incorporan los TBIs.

2.2 Períodos de espera/negociación

La inmensa mayoría de los TBIs establecen una primera barrera temporal comúnmente denominada *período de negociaciones amistosas*, *período de espera* o *período de enfriamiento* (*cooling off period*). El TBI Ecuador - Argentina establece, por ejemplo, que: "Toda controversia relativa a las disposiciones del presente Convenio entre un Inversor de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante será, en la medida de lo posible, solucionada por consultas amistosas"²⁴.

La duración de este período y sus puntos de referencia varían tratado por tratado. En la gran mayoría de los TBIs suscritos por Ecuador, este período tiene una duración de 6 meses y generalmente opera desde que se notifica la existencia de una disputa en los términos del TBI²⁵. En algunos TBIs, se impone el deber

24. Ver TBI Ecuador - Argentina, artículo 9 (1).

25. Ver TBI Ecuador - Canadá, artículo 13 (2): "If a dispute has not been settled amicably within a period of six months from the date on which it was initiated, it may be submitted by the investor to arbitration in accordance with paragraph (4). For the purposes of this paragraph, a dispute is considered to be initiated when the investor of one Contracting Party has delivered notice in writing to the other Contracting Party alleging that a measure taken or not taken by the latter Contracting Party is in breach of this Agreement, and that the investor has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach." Hay otros TBIs que establecen períodos de espera que operan también con referencia al momento en que tuvieron lugar los hechos o circunstancias que han dado lugar a la disputa. El TBI Perú - Canadá y el capítulo de inversiones del TLC Perú - Estados Unidos, por ejemplo, establecen períodos de espera que operan acumulativamente y tienen como punto de referencia tanto el momento de los hechos o circunstancias que han generado la disputa (6 meses) como el momento en el cual se notifica la intención de someterla a arbitraje (3 meses). Ver TBI Perú - Canadá, artículos 24 (1), 25 y 26 (1) (b) y TLC Perú - Estados Unidos, artículos 10.16.2 y 10.16.3.

de intentar resolver la disputa mediante consultas y negociaciones, pero sin embargo, no se establece un plazo concreto para tales fines²⁶.

Es importante señalar que este período previo puede operar de distintas maneras según el TBI que se invoque. En los TBIs que permiten acceder tanto a jurisdicción nacional como internacional, suele operar como un antecedente no sólo de la posibilidad de acudir a arbitraje internacional, sino que también puede operar como un requisito previo a la invocación del TBI ante los tribunales locales²⁷. Por su parte, en los TBIs que sólo disponen la posibilidad de acceder a una vía internacional, este requisito opera sólo con relación a esta vía²⁸.

Dicho período de espera o negociaciones previo se inicia mediante una notificación al órgano o persona responsable por el manejo de las relaciones exteriores del estado huésped. En el caso del Ecuador sería el Presidente de la República. Es usual que se envíe copia al Ministro de Relaciones Exteriores, al ente que tiene a su cargo la defensa del estado frente a reclamos patrimoniales internacionales²⁹ y al Ministerio, poder o dependencia cuya conducta ha generado la disputa. La mayoría de los TBIs no disponen de formalidad alguna a estos fines, sin perjuicio de lo cual, por razones de prueba y conveniencia, se suele utilizar la forma escrita. En particular, no es necesario cumplir los ritualismos impuestos por la legislación en materia de procedimiento administrativo.

26. Ver entre otros: TBI Ecuador - Bolivia, artículo 9 (1); TBI Ecuador - Rumania, artículo 10 (1); TBI Ecuador - Perú, artículo 8 (1); TBI Ecuador - El Salvador, artículo 10 (1); TBI Ecuador - Costa Rica, artículo 10 (1).

27. Ver por ejemplo: TBI Ecuador - El Salvador, artículo 10 (2): "Si la controversia no hubiere podido ser solucionada en el término de seis meses, a partir del momento en que fue planteada por una u otra de las Partes, podrá ser sometida, a pedido del inversionista. — O bien a los Tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión. — O bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el inciso (3)...".

28. Ver por ejemplo: TBI Ecuador - República Dominicana, artículo 13 (2): "Si estas consultas no permiten solucionar la controversia en un plazo de seis meses, y si el inversionista implicado lo acepta por escrito, la controversia será sometida a arbitraje...".

29. En el caso de la República del Ecuador sería la Procuraduría General de la República.

El tenor de la notificación y sus contenidos también son flexibles. O importante es que la notificación cuente con sustento e información suficiente como para que la parte estatal pueda: i) identificar al inversor y verificar que, al menos *prima facie*, califica como tal de conformidad con los términos del TBI que invoca; e, ii) identificar los actos y hechos atribuibles al estado que se alegan como violatorios del TBI y las normas de tal instrumento que se consideran violadas. En definitiva, la información tiene que ser lo suficientemente completa como para que el estado pueda tomar una posición y decidir si procede o no, dadas las circunstancias, utilizar recursos en un trámite de negociación o solución amistosa. Hay, sin embargo, TBIs, como, por ejemplo, el TBI Ecuador - España, que requieren que la notificación incluya una *información detallada*³⁰, lo cual supone un grado de precisión mayor que el referido.

Es importante señalar, en este sentido, que, como regla, los TBIs no imponen a los estados una obligación de negociar, y que estos períodos operan fundamentalmente en su beneficio como una ventana temporal que implica una oportunidad para intentar desactivar la disputa. Cumplido el plazo, los inversores tienen el derecho, pero no la obligación, de iniciar un trámite jurisdiccional al amparo del TBI, pudiendo administrar tal derecho como mejor les parezca. En este último sentido es importante señalar que, como regla, los TBIs no disponen de plazos de caducidad o prescripción que limiten la posibilidad de acceder a los remedios jurisdiccionales que consagran³¹. Sin embargo, algunos TBIs como, por ejemplo, el TBI Ecuador - Canadá³² disponen de

30. Ver TBI Ecuador - España, artículo 11 (1): "*Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será notificada, por escrito, incluyendo una información detallada por el inversionista a la Parte Contratante receptora de la inversión...*".

31. Debe notarse, sin embargo, que en algunos casos un derecho a un determinado activo que no ha sido ejercido en tiempo y forma ante los tribunales locales podría dejar de calificar como una inversión a los fines del campo de aplicación de un TBI.

32. Ver TBI Ecuador - Canadá, artículo 13 (2): "*An investor may submit a dispute as referred to in paragraph (1) to arbitration in accordance with paragraph (4) only if... (d) not more than three years have elapsed from the date on which the investor first acquired or should have first acquired knowledge of the alleged breach and knowledge that the investor has incurred loss or damage*".

un plazo de caducidad de tres años contados desde que se tuvo o debió haber tenido conocimiento de la existencia de una violación de tales instrumentos y de la existencia de pérdidas o daños como consecuencia de ésta.

En varias ocasiones los inversores han obviado este período previo y han pretendido activar los mecanismos jurisdiccionales que disponen los TBI sin cumplir con esta etapa. Los tribunales han reaccionado de distinta manera frente a tal hipótesis³³. En algunos casos, han optado por calificar como meramente procesal a tal período y permitir la continuidad del procedimiento pese al incumplimiento³⁴. En otro caso, aunque se permitió la continuidad del procedimiento, se obligó al inversor a cargar con las costas del incidente procesal derivado de su accionar anticipado³⁵. Por su parte, una tercera posición ha sido la de considerar que la falta de cumplimiento de esta instancia previa afectaba la jurisdicción del tribunal³⁶. En otro caso, como cuarta alternativa, un tribunal arbitral decidió suspender el procedimiento hasta que se cumpla el plazo de 6 meses dispuesto por el tratado aplicable³⁷. Es de notar que la Secretaría del CIADI también ha dilatado el registro de casos en lo que se verificaba una falta de cumplimiento de estos requisitos temporales.

33. Ver "Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Forks in the Road", C. Schreuer, *Journal of World Investment & Trade*, Volume 5, 2004, p. 235.
34. Ver *Ronald S. Lander versus República Checa*, [laudo del 3 de septiembre de 2001 (NAFTA)]; y, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. versus República Islámica de Pakistán*, [decisión sobre Jurisdicción de 6 de Agosto de 2003, Caso CIADI ARB/01/13]. Ambas decisiones están publicadas en <http://ita.law.uvic.ca>.
35. Ver *Ethyl Corporation versus Canadá*, [decisión sobre Jurisdicción del 24 de junio de 1998 (NAFTA)], publicada en <http://ita.law.uvic.ca>.
36. Ver *Gootz and others versus Burundi*, [laudo (de común acuerdo) de 13 de febrero de 1999, Caso CIADI ARB/95/3]. Es menester notar, sin embargo, que el TBI aplicable en este caso requería que durante el período en consideración también se verificara una instancia de negociación entre las partes contratantes. Otras dos decisiones arbitrales han señalado, como *obiter dicta*, que el incumplimiento de este plazo previo puede afectar la jurisdicción del tribunal. Ver en este sentido, *obiter dicta: Enron and Ponderosa Assets versus República Argentina*, [decisión sobre Jurisdicción de 14 de enero de 2004, Caso CIADI ARB/01/3]; y, *Generation Ukraine Inc. versus Ucrania*, [laudo de 16 de septiembre de 2003, Caso CIADI ARB/00/9]. Ver también en este sentido *Burlington Resources Inc. y otras versus República del Ecuador y Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*, [Decisión sobre Jurisdicción del 10 de Junio de 2010, Caso CIADI No. ARB/08/5].
37. Ver *Western NIS Enterprise Fund versus Ucrania*, [orden Procesal de 16 de marzo de 2006, Caso CIADI ARB/04/2].

Puede suceder muchas veces que un estado dicte una secuencia de medidas o incurra en actos que afectan a un inversor en distintos momentos. La pregunta, en estos casos, es si el inversor tiene que repetir el procedimiento con relación a cada una de ellas. La respuesta no es simple y dependerá en gran medida de las circunstancias, pero puede decirse, de manera general, que si existe un nexo de identidad o continuidad entre las disputas que se generan como consecuencia de tales medidas, no será necesario repetir el procedimiento. En tal escenario, las nuevas circunstancias se incorporarán al marco de la disputa existente mediante una notificación o al momento de iniciarse el procedimiento, o estando éste en trámite, como un hecho nuevo, o una demanda subordinada,³⁸ según lo establezca el reglamento procesal aplicable.

El tema se planteó, por ejemplo, en un caso contra Argentina, en el cual un inversor comunicó la existencia de una alegada violación de un TBI como consecuencia de ciertas determinaciones fiscales iniciadas por distintas provincias contra un inversor. Luego, otras provincias hicieron lo mismo. La cuestión era si la disputa denunciada al amparo del TBI aplicable con relación a los actos de una de las provincias cubría también a las posteriores medidas idénticas tomadas por las otras. El tribunal actuante concluyó que no hacía falta agotar un nuevo período de espera, dada la identidad y relación entre unas y otras medidas.³⁹

En definitiva, en todo caso, interpretar rectamente el efecto de estos períodos de espera sobre los derechos procesales que consagran los TBI requiere preservar el delicado balance entre i) mantener la vigencia de las estipulaciones específicas negocia-

38. Ver regla 40 de las Reglas de Arbitraje del CIADI. En el caso *CMS Gas Transmission Company versus República Argentina* [decisión sobre Jurisdicción de 17 de julio de 2003, Caso CIADI ARB/01/8], se usó esta vía para ampliar el tipo de medidas sobre las cuales se pronunció el tribunal. Sin embargo, es cuestionable que en tal caso existiera identidad y continuidad entre unas y otras medidas.

39. Ver por ejemplo, *Enron and Ponderosa Assets versus República Argentina*. [decisión sobre Jurisdicción de 14 de enero de 2004, Caso CIADI ARB/01/3].

das por las partes, evitando que se transformen en letra muerta; y, ii) evitar caer en formalismos excesivos frente a hipótesis en las que el Estado tuvo una genuina oportunidad de ponderar qué actitud asumir frente a la disputa.

2.3 Opciones jurisdiccionales

Los TBIs estructuran las opciones jurisdiccionales disponibles para quien califica como inversor de manera variada. En general, existen cuatro modelos que se describen a continuación. Los TBIs suscritos por Ecuador siguen fundamentalmente los modelos descritos en ii), iii) y iv).

i) *Sistema escalonado*: el inversor debe utilizar los remedios locales por un cierto período como requisito previo al uso de la vía arbitral internacional, salvo acuerdo de partes. En los TBIs suscritos por Ecuador, no se encuentra presente este tipo de sistema⁴⁰.

ii) *Sistema alternativo o de opción de vías (fork in the road)*: el inversor cuenta con la opción de acceder a la jurisdicción local o a un arbitraje internacional. Algunos de los TBIs disponen específicamente que tal elección es definitiva. Un ejemplo de éste sistema lo constituye el TBI Ecuador - Argentina, el cual dispone lo siguiente:

“Si la controversia no hubiere podido ser solucionada en el término de seis meses a partir del momento en que hubiera

40. Un ejemplo del sistema escalonado es el TBI Perú - Alemania, artículo 10 (2) y (3): “(2) Si una controversia, en el sentido del párrafo 1, no pudiera ser resuelta dentro del plazo de seis meses, contado desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la parte contratante en cuyo territorio se realizó la inversión. (3) La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes: (a) A petición de una de las partes de la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses, contados a partir de la iniciación del proceso judicial previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsista entre las partes. (b) Cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido”.

sido planteada por una u otra de las Partes, podrá ser sometida, a pedido del inversor:

- o bien a los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se realizó la inversión;
- o bien al arbitraje internacional en las condiciones descritas en el párrafo (3).

Una vez que un inversor haya sometido la controversia a las jurisdicciones de la Parte Contratante implicada o al arbitraje internacional, la elección de uno u otro de esos procedimientos será definitiva⁴¹.

iii) Sistema de elección de vías con *vuelta en U* (*U turn system*): el inversor puede utilizar los remedios locales sin perder la posibilidad de acceder a arbitraje internacional, pero se requiere una previa renuncia a cualquier uso de la jurisdicción local,⁴² como requisito previo al inicio de un arbitraje internacional. El TBI Ecuador - Canadá⁴³ sigue este sistema.

iv) Sistema de acceso directo: el inversor accede directamente a alguna variante de arbitraje internacional. El TBI Ecuador - Suecia y el TBI Ecuador - República Dominicana constituyen ejemplos en este sentido. El último de los instrumentos mencionados establece el acceso directo en los siguientes términos:

"Si estas consultas no permiten solucionar la controversia en un plazo de seis meses, y si el inversionista implicado lo acepta por escrito, la controversia será sometida a arbitraje al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)..."⁴⁴.

41. Ver TBI Ecuador - Argentina, artículo 9 (2).

42. Ello incluye reclamos en sede local por violación del TBI o el capítulo de inversión. Ver *Waste Management Inc. versus México (NAFTA)*, [laudo sobre Jurisdicción de 2 de junio de 2000, Caso CIADI ARB (AF)98/2].

43. Ver TBI Ecuador - Canadá, artículo 13.3 (b). "An Investor may submit a dispute as referred to in paragraph (1) to arbitration in accordance with paragraph (4) only if: ... (b) the investor has waived its right to initiate or continue any other proceedings in relation to the measure that is alleged to be in breach of this Agreement before the courts or tribunals of the Contracting Party concerned or in a dispute settlement procedure of any kind".

44. Ver: TBI Ecuador - República Dominicana, artículo 13 (2). Ver también TBI Ecuador - Suecia, artículo 8 (2 y 3): "Si cualquier controversia no ha podido ser resuelta en un plazo de seis meses des-

De los sistemas referidos el que presenta mayores inconvenientes prácticos e incertidumbres es el *alternativo* o de *opción de vías*, especialmente cuando el TBI dispone expresamente que el acudir a los tribunales competentes locales puede tener efectos preclusivos sobre la posibilidad de acceder posteriormente a un arbitraje internacional. La gran duda en cuanto a este punto es qué tipo de uso de los remedios jurisdiccionales locales tiene como consecuencia una eventual pérdida de la posibilidad de acceder posteriormente a un arbitraje internacional. O, desde otra perspectiva, cómo se puede hacer para preservar los derechos que se tienen bajo el ordenamiento ecuatoriano y, por ejemplo, no consentir en la vía administrativa un accionar que de otra manera devendría firme, sin perder la posibilidad de acudir, si fuera necesario, a una posterior instancia internacional.

La respuesta a los interrogantes conexos formulados en el párrafo anterior varían TBI por TBI. Como primer dato orientador, es importante distinguir sobre qué bases está articulada la opción de vías que establece el TBI que se pretende invocar. Hay algunos TBIs cuyas cláusulas sobre la materia se refieren a *toda controversia relativa a las disposiciones del presente Convenio*⁴⁵. En este caso, utilizar los tribunales locales para planteos de derecho local en los que se formulan planteos o peticiones que no tienen base en el TBI, no implicaría sacrificar el posterior derecho de acudir a un arbitraje internacional, aunque haya superposición total o parcial desde el punto de vista subjetivo o en cuanto a las circunstancias fácticas que se ventilan en ambas instancias. Esta conclusión está avalada por numerosos pronunciamientos arbitrales, según los cuales es necesario que exista; i) identidad sub-

pués de la fecha en que la controversia fue planteada por el inversionista a través de la notificación escrita a la Parte Contratante, cada una de las Partes Contratantes consiente por el presente a someter la solución de la controversia, a selección del inversionista, a resolución de un arbitraje internacional en uno de los siguientes foros: i) el Centro Internacional para el Arreglo de Disputas por Inversiones (CIADI) para el arreglo por conciliación o arbitraje ...; o ii) un tribunal ad-hoc constituido bajo las Reglas para el Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL)...Si las partes de dicha controversia tienen opiniones diferentes sobre si la conciliación o el arbitraje es el método de solución más apropiado, el inversionista tendrá derecho de decidir”.

45. Ver TBI Ecuador - Argentina, artículo 9 (1).

jetiva; e, ii) identidad causal en cuanto al sustento legal del reclamo⁴⁶.

Hay otros TBIs, sin embargo, cuyas cláusulas relativas a disputas entre inversores y estados se refieren, por ejemplo, a *las controversias que surgieren entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones realizadas de conformidad con el presente Convenio*.⁴⁷ En este caso, en la medida en que acudir a una corte local implica una controversia en relación con una inversión, existe el riesgo de que se considere que tal accionar ha implicado un sacrificio de la vía internacional, especialmente si hay identidad de partes.⁴⁸

En todo caso, debe notarse que cierta jurisprudencia i) distingue a estos fines entre medidas activas y medidas defensivas, considerándose que éstas últimas no constituyen una elección de una vía procesal de conformidad con los TBIs⁴⁹ y ii) ha asumido una posición restrictiva en cuanto a la posibilidad de que la articulación de reclamos en la vía administrativa constituya un sometimiento de una disputa a un tribunal competente, siendo este el lenguaje que usan la mayoría de los TBIs.⁵⁰

El punto central, en lo que concierne a la operación de estas cláusulas, es tener en mente que no fueron concebidas para colo-

46. Ver, entre otros: *Alex Genin, Eastern Credit Limited, Inc., and A.S. Baltov versus República de Estonia*, [laudo de 5 de abril de 2002, Caso CIADI ARB/99/2]; *Roland S. Lauder versus República Checa*, [laudo de 3 de septiembre de 2001, Caso CNUDMI]; *Middle East Cement Shipping and Handling S.A. versus Egipto*, [laudo del 12 de abril de 2002, Caso CIADI ARB/99/6]; *CMS Gas Transmission Company versus República Argentina*, [decisión sobre Jurisdicción de 17 de julio de 2003, Caso CIADI ARB/01/8]; *Azurix Corp. versus República Argentina*, [decisión sobre Jurisdicción de 8 de diciembre de 2003, Caso CIADI ARB/01/12]; y, *Enron and Ponderosa Assets versus República Argentina*, [decisión sobre Jurisdicción de 14 de enero de 2004, Caso CIADI ARB/01/3].

47. Ver TBI Ecuador - Perú, artículo 8 (1).

48. Ver en este sentido *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal versus República Argentina*, [decisión sobre Nulidad de 3 de julio del 2002, Caso CIADI ARB/97/3].

49. Ver *CMS Gas Transmission Company versus República Argentina*, [decisión sobre Jurisdicción de 17 de julio de 2003, Caso CIADI ARB/01/8]; *Enron and Ponderosa Assets versus República Argentina*, [decisión sobre Jurisdicción de 14 de enero de 2004, Caso CIADI ARB/01/3]; *Azurix Corp. versus República Argentina*, [decisión sobre Jurisdicción de 8 de diciembre de 2003, Caso CIADI ARB/01/12].

50. Ver *Azurix Corp. versus República Argentina*, [decisión sobre Jurisdicción de 8 de diciembre de 2003, Caso CIADI ARB/01/12].

car a los inversores en la incómoda disyuntiva de elegir entre sacrificar derechos en la vía interna o en la vía internacional en el contexto de los breves plazos legales del derecho local, sino para evitar abusos y especulaciones procesales reñidas con la buena fe.

2.4 Jurisdicciones disponibles

Los TBIs varían en cuanto al menú de opciones jurisdiccionales disponibles para solucionar disputas entre inversores y estados. Como se describe en el punto anterior, algunos TBIs permiten elegir entre los tribunales locales y el arbitraje internacional, mientras que otros solo habilitan esta última vía jurisdiccional. A su vez, algunos TBIs permiten una sola opción a estos fines,⁵¹ mientras que otros permiten elegir entre distintos tipos de arbitraje internacional, como arbitraje de conformidad con el Convenio CIADI y/o de conformidad con el denominado Mecanismo Complementario del CIADI⁵², o arbitraje bajo las reglas CNUDMI. Asimismo, hay ciertos TBIs firmados por Ecuador que se refieren exclusivamente a la posibilidad de utilizar los servicios que en materia de arbitraje brinda el CIADI, mientras que otros también incluyen, generalmente a criterio del inversor, la posibilidad de utilizar los servicios de conciliación que brinda tal entidad.⁵³

La mayoría de los inversores que cuentan con la posibilidad de acceder a un arbitraje CIADI eligen esta vía dada las extraordinarias garantías de neutralidad y eficacia que brinda⁵⁴. A los

51. Por ejemplo, el TBI Ecuador - Chile contempla exclusivamente la posibilidad de arbitrar las disputas ante el CIADI (artículo 10 (3)). El TBI Ecuador-China sólo permite utilizar un arbitraje ad-hoc en el que la autoridad nominadora es el Secretario del CIADI (artículo 9 (4)).

52. Ver TBI Ecuador - Canadá, artículo 13 (4) (b): "*The dispute may, at election of the investor concerned, be submitted to arbitration under:...b) the Additional Facility Rules of ICSID, provided that either the disputing Contracting Party or the Contracting Party of the investor, but not both, is a party to the ICSID Convention:...*".

53. Ver, por ejemplo el TBI Ecuador - Suecia, el cual dispone en su artículo 8 (2) (ii) *in fine* que "...Si las partes de dicha controversia tienen opiniones diferentes sobre si la conciliación o el arbitraje es el método de solución más apropiado, el inversionista tendrá derecho de decidir". Ver también el TBI Ecuador - Francia, (artículo 9) y el TBI Ecuador - Gran Bretaña, (artículo 8).

finde de promover un marco de neutralidad, el Convenio CIADI: i) establece un conjunto de privilegios e inmunidades en beneficio del Centro, los procedimientos y sus participantes⁵⁵ y, ii) excluye la participación de tribunales estatales en la revisión de los laudos arbitrales⁵⁶. A los fines de brindarle eficacia a disputas que suelen tener un alto grado de politización, el Convenio dispone que los laudos emitidos bajo su órbita sean de reconocimiento y ejecución automática en todos los estados contratantes, como si fueran una sentencia judicial local definitiva⁵⁷. No es necesario ni un trámite de exequátur ni ningún otro procedimiento de nacionalización del laudo o sentencia extranjera de conformidad con el Derecho local o con otros tratados internacionales sobre la materia. Lo dicho, sin perjuicio de que el procedimiento de ejecución se rige por el Derecho local, con lo que ello implica en materia de pautas de inmunidad de ejecución del estado⁵⁸. Todo el esquema se encuentra reforzado por el hecho de que el incumplimiento del Convenio CIADI por parte de un estado contratante genera responsabilidad internacional y permite a los otros estados contratantes iniciar acciones ante la Corte Internacional de Justicia contra el incumplidor⁵⁹.

Como contrapartida de estas ventajas, el Convenio CIADI establece requisitos *rationae personae* y *rationae materiae* que restringen el acceso a la jurisdicción de tal Centro en razón del tipo de activos y de la nacionalidad y naturaleza de las partes.⁶⁰ De conformidad con el Convenio CIADI, i) la disputa debe surgir directamente de una inversión en los términos del Convenio y, asimismo, ii) una de las partes debe ser un nacional de un estado contratante y, la otra, un estado contratante o, en ciertas cir-

54. Son raros los casos en los que una parte que puede acudir a arbitraje bajo el convenio CIADI elija otra alternativa. La mayoría de los casos ante otros mecanismos arbitrales se explica porque, o bien el arbitraje bajo el Convenio CIADI no estaba disponible, o bien la disputa no cumplía con los requisitos *rationae personae* y *rationae materiae* que tal instrumento establece.

55. Ver Convenio CIADI, artículos 19 al 24.

56. *Ibid.*, artículos 49 al 52.

57. *Ibid.*, artículo 54.

58. *Ibid.*, artículo 55.

59. *Ibid.*, artículo 64.

60. *Ibid.*, artículo 25.

cunstances, una de sus subdivisiones políticas u organismos públicos⁶¹. Tales requisitos no están presentes ni en el caso de arbitrajes bajo las reglas CNUDMI ni en el caso de arbitrajes bajo el denominado Mecanismo Complementario del CIADI⁶².

La denuncia por parte de Ecuador del Convenio CIADI puede tener efectos sobre disputas cuyo sometimiento a tal mecanismo de solución de controversias pueda reputarse como no consentido al momento en que tal denuncia se hizo efectiva.⁶³ La solución para cada caso dependerá del momento de la ocurrencia de la disputa y las acciones que haya tomado el inversor para que tal consentimiento se pueda tener por configurado, y del lenguaje específico del TBI que se invoque.

2.5 Extensión material de la cláusula de solución de controversias

Como regla general, las disposiciones de los TBIs en materia de disputas inversor-estado comprenden la posibilidad de alegar cualquier violación de las garantías específicas que consagra el TBI que se invoque. Esto es particularmente claro en el caso de TBIs que identifican las disputas que pueden plantearse bajo sus términos mediante una referencia al ordenamiento jurídico que debe invocarse en sustento del reclamo. Así, por ejemplo, el TBI Ecuador - Argentina se refiere a *toda controversia relativa a las disposiciones del presente Convenio*.⁶⁴ En este caso, es indubitable que:

61. Ver "Introducción a los requisitos *rationae materiae* y *rationae personae* del arbitraje bajo el Convenio CIADI". C. Ignacio Suarez Anzorena, *Revista Peruana de Arbitraje*. Volumen 2. 2006. pp. 252 y siguientes.
62. El Mecanismo Complementario del CIADI se aplica a disputas entre estados e inversores extranjeros que sólo cumplen parcialmente con los requisitos jurisdiccionales que establece el Convenio CIADI (*id est*, uno de las partes no es nacional de un estado contratante o la disputa no surge directamente de una inversión). Bajo el Mecanismo Complementario, el CIADI presta servicios de administración de procedimientos de arbitraje, procedimientos de conciliación y procedimientos de comprobación de hechos. Los procedimientos de solución de disputas bajo el Mecanismo Complementario no están amparados por el Convenio CIADI, y por ello no gozan de las inmunidades, privilegios y ventajas que allí se consagran.
63. Ver Convenio CIADI, artículo 72. La denuncia es efectiva desde el 7 de enero de 2010, es decir, 6 meses luego de la notificación., tal como lo dispone el artículo 71 del Convenio CIADI.

i) sólo puede alegarse una violación del TBI; y, ii) toda otra alegación o reclamo está excluida del campo de aplicación de la cláusula.

Más complejo es el panorama en lo que respecta a los TBIs que definen el campo de aplicación de sus disposiciones relativas a disputas inversor-estado con un lenguaje que enfocado en los activos protegidos, es decir, las inversiones, y no en los derechos que se invocan. El TBI Ecuador - Perú, por ejemplo, hace a referencia a *disputas relacionadas con las inversiones las controversias que surgieren entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante en relación con las inversiones realizadas de conformidad con el presente Convenio*^{65 66}. La pregunta es si esta definición comprende, por ejemplo, una alegación de violación de contrato, que no necesariamente implica violación del TBI aplicable, pero claramente califica como *una inversión realizada de conformidad con el Convenio*. La jurisprudencia sobre el punto es inconsistente, aunque desde el punto de vista práctico puede decirse que los tribunales arbitrales constituidos bajo TBIs han sido reacios a habilitar este tipo de reclamos.⁶⁷

Distinto es el caso de los TBIs que expresamente tienen una disposición sobre conversión de jurisdicción. El TLC Perú-

64. Ver TBI Ecuador - Argentina, artículo 9 (1).

65. Ver TBI Ecuador - Perú, artículo 8 (1). Ver también TBI Ecuador - Francia, artículo 9.

66. Hay cláusulas que restringen más aún el campo de aplicación de los TBIs. Así, por ejemplo, el TBI Ecuador - China, en su artículo 9 (3): "*Si un conflicto relacionado con el monto de compensación por expropiación no puede ser resuelto en un plazo...*". En un caso de TBI entre Bélgica y Rusia, *Berschader versus Rusia*, [laudo de 21 de abril de 2006, Caso CCE No. 080/2004], el Tribunal decidió que no podía extender su jurisdicción más allá de la consideración del monto de la expropiación. Por el contrario, en otros casos como *Tza Yoo Shun versus República del Perú*, [decisión sobre Jurisdicción de 19 de junio de 2009, Caso CIADI ARB/07/6], la jurisprudencia arbitral ha reconocido que su aplicación alcanza todos los aspectos de la expropiación, no sólo el monto sino también la determinación de la expropiación misma. En el mismo sentido, *RusInvest UK Ltd versus Rusia*, [decisión sobre Jurisdicción de Octubre de 2007, Caso CCE].

67. Ver, a favor de la posibilidad de plantear reclamos contractuales: *SGS Société Générale de Surveillance S.A. versus Filipinas*, [decisión sobre Jurisdicción de 29 de enero de 2004, Caso CIADI ARB/02/6]; y, aunque de manera más difusa, *Sulist Constructors S.p.A. and Italstrade S.p.A. versus Marruecos*, [decisión sobre Jurisdicción de 23 de julio de 2001, Caso CIADI ARB/00/4]. En contra, ver: *SGS Société Générale de Surveillance S.A. versus Pakistán*, [decisión sobre Jurisdicción de 6 de agosto de 2003, Caso CIADI ARB/01/13]. Cabe hacer notar que, en el primero de los casos, el tribunal decidió que tenía jurisdicción pero ordenó suspender el procedimiento sobre el fondo hasta que se resuelva el reclamo contractual en el fuero pactado en el contrato.

Estados Unidos, por ejemplo, permite que los inversores inicien un caso no solamente basado en las violaciones de las protecciones sustanciales del TBI sino que también pueden invocar la violación de una autorización de inversión o de un acuerdo de inversión.⁶⁸ El efecto concreto de estas cláusulas de *conversión de jurisdicción* es permitir a los inversores alegar violaciones contractuales⁶⁹ ante el foro del TBI o del TLC independientemente del sistema de solución de controversias pactado contractualmente y sin que sea necesario alegar una violación de los derechos sustantivos establecidos por el tratado. El TBI Ecuador-Canadá⁷⁰ por ejemplo, aunque tiene alcances más limitados que el TLC mencionado, permite expresamente que se utilice el mecanismo de solución de disputas de tal instrumento para solucionar disputas en materia de impuestos que implican una alegación de que se ha violado un acuerdo entre el gobierno y el inversor sobre tal materia.

Hay, sin embargo, algunos TBIs que restringen las materias sobre las que pueden versar tales disputas.

68. Ver TLC Perú - Estados Unidos, artículos 10.16-1-(a) (i) (B), 10.16-1-(a) (i) (C), 10.16-1-(b) (i) (B), 10.16-1-(b) (i) (B), definiciones de acuerdo de inversión y autorización de inversión en art. 10.28, y exclusiones con relación a ciertos tipos de convenios de estabilidad jurídica en Anexo 10-H.
69. No debe confundirse esta situación con la alegación de que un estado ha violado una cláusula de las denominadas paraguas que contienen ciertos TBIs y que, según cierta jurisprudencia, permite alegar que una violación de un contrato estatal constituye, a la vez, una violación de un TBI. Un ejemplo de cláusula paraguas puede encontrarse en el artículo 7 (2) del TBI Ecuador - Alemania, según el cual: "Cada Parte Contratante cumplirá cualquier otro compromiso que haya contraído con relación a las inversiones de capital de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante en su territorio".
70. Ver TBI Ecuador - Canadá, artículo 12 (3): "Subject to paragraph (2) a claim by an investor that a tax measure of a Contracting Party is in breach of an agreement between the central government authorities of a Contracting Party and the investor concerning an investment shall be considered a claim for breach of this Agreement unless the taxation authorities of the Contracting Parties, no later than six months after being notified of the claim by the investor, jointly determine that the measure does not contravene such agreement". Ver también el TBI Ecuador - República Dominicana, artículo 11 (2): "Toda reclamación de un inversionista de que una medida fiscal de una de las Partes Contratantes viola el acuerdo entre las autoridades del gobierno central de una Parte Contratante y el inversionista con respecto a una inversión, se considerará reclamación por violación de este Acuerdo a menos que las autoridades fiscales de las Partes Contratantes determinen conjuntamente, en un plazo no mayor de seis meses después de ser notificado de la reclamación por el inversionista, que la medida no contraviene tal acuerdo."

El TBI Ecuador - USA, por ejemplo, dispone que sus normas serán de aplicación en materia tributaria sólo en casos de expropiación, transferencias y de cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización de inversión.⁷¹ Disposiciones de naturaleza comparable también están presentes en el TBI Ecuador - Canadá y en el TBI Ecuador - República Dominicana.

El TBI Ecuador - China, por su parte, tiene un lenguaje que sugiere que sólo puede acudirse a arbitraje en el supuesto de *un conflicto relacionado con el monto de compensación por expropiación*.⁷² En el punto siguiente se analiza en que medida estas limitaciones pueden ser superadas mediante la invocación de las cláusulas de nación más favorecida.

3. OPERACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA EN MATERIA PROCESAL

Uno de los puntos más álgidos del Derecho Internacional de las inversiones contemporáneas se relaciona con la posibilidad, o no, de invocar las cláusulas de nación más favorecida a los fines de suplantar o modificar las normas aplicables a las disputas inversor-estado que dispone un cierto TBI. En los párrafos

71. Ver TBI Ecuador - Estados Unidos, artículo 10 (2): “No obstante las disposiciones del presente Tratado, especialmente de los Artículos VI y VII del mismo, se aplicarán a cuestiones tributarias solamente con respecto a: a) La expropiación, de conformidad con el Artículo III; b) Las transferencias de conformidad con el Artículo IV, o c) La observancia y el cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión, tal como se menciona en el inciso a) o el inciso b), en la medida en que estén sujetas a las disposiciones sobre la solución de diferencias de un Convenio para evitar la doble imposición tributaria concertado entre las dos Partes, o que se hayan suscitado de conformidad con dichas disposiciones y no se hayan resuelto en un plazo razonable”. Esta disposición fue objeto de controversia en el primero de los casos iniciados por *Occidental Petroleum* contra Ecuador. Ver también el TBI Ecuador - Canadá, artículo 12 (1), el cual fue analizado en el caso *Escoma Corporation v. Ecuador*, citado más arriba.

72. Ver TBI Ecuador - China, artículo 9 (3). Este tipo de disposiciones ha sido objeto de un tratamiento jurisprudencial inconsistente. En *Berschader v. Russian Federation*, [laudo de 21 de abril de 2006, Caso CCE No. 080/2004], el Tribunal decidió que no podía extender su jurisdicción más allá de la consideración del monto de la expropiación. Por el contrario, en otros casos como *Tzu Yip Shun, versus República del Perú*, [decisión sobre Jurisdicción de 19 de junio de 2009, Caso CIADI ARB/07/6], *Roslavets UK Ltd versus Rusia*, [decisión sobre Jurisdicción de Octubre de 2007, Caso CCE], se decidió que esta cláusula se extiende no sólo el monto sino también la determinación de la existencia de la expropiación misma.

sucesivos se delinear, aunque sea someramente, los alcances de una polémica que, si bien relevante, excede en su tratamiento pormenorizado a la temática de esta contribución.

Las cláusulas de nación más favorecidas son disposiciones que implican el compromiso por parte de los estados contratantes de darle a los beneficiarios de sus términos (en este caso, los inversores bajo un cierto TBI) un tratamiento no menos favorable que el que se les da a otros nacionales en lo que concierne a ciertas materias.

La operatividad de estas cláusulas con relación a los mecanismos de solución de controversias para disputas inversor-estado de los TBIs presupone: i) que un cierto TBI contiene una cláusula de este tipo; ii) que otro TBI le brinda a otros inversores ventajas en materia del sistema de solución de disputas entre inversores y estados; y, iii) que el lenguaje de la cláusula permite inferir que tal materia está entre aquellas respecto de las cuales la cláusula es operativa. La gran discordancia que actualmente se verifica en la jurisprudencia de los tribunales arbitrales se relaciona con este último aspecto.

Las aguas están divididas, fundamentalmente, entre i) aquellas decisiones que consideran que dada la importancia del arbitraje internacional en el campo de la protección de inversiones debe construirse liberalmente los términos de las cláusulas de nación más favorecida, en cuanto a su aplicación al sistema de solución de controversias inversor-estado⁷³ y ii) aquellas decisiones que consideran que las cuestiones procesales, como regla, sólo forman parte del campo operativo de tales cláusulas cuando ello puede inferirse claramente de sus términos⁷⁴.

73. Ver *Maffezini versus Reino de España*, [decisión sobre Jurisdicción de 25 de enero de 2000, Caso CIADI ARB/97/17]; *Siemens versus Argentina*, [decisión sobre Jurisdicción de 3 de agosto de 2004, Caso CIADI ARB/02/8]; *National Grid PLC versus República de Argentina*, [decisión sobre Jurisdicción de 20 de junio de 2006, Caso CNUDMI/BIT, párrafo 82]; *Gas Natural SDG S.A. versus República de Argentina*, [laudo de 17 de junio de 2005, Caso CIADI arb/03/10]; *Aguas Provinciales de Santa Fe S.A., Sucz. Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua, S.A. versus República de Argentina*, [decisión sobre Jurisdicción de 16 de mayo de 2006, Caso CIADI ARB/03/17]; *Bayindir versus Pakistán*, [decisión sobre Jurisdicción de 14 de

Es importante tener en cuenta que las cláusulas de nación más favorecida varían en su texto y estructura, por lo que no son aconsejables las generalizaciones. Este fue justamente el problema de algunas de las primeras decisiones que fueron permisivas sobre esta materia⁷⁵, cuya cuestionable factura técnica generó numerosas polémicas. No hay ninguna razón de principios para que una cláusula de nación más favorecida no se aplique a los aspectos procesales del TBI, si ello puede inferirse de sus términos. En definitiva, el tema es meramente hermenéutico y debe resolverse en función de la letra y estructura de cada tratado en particular.

4. CONSIDERACIONES FINALES

El arbitraje entre inversores y estados con base en los TBIs ha entrado en su adolescencia desde el punto de vista legal. Crece a una velocidad que dificulta una visión retrospectiva crítica de los acontecimientos y de los problemas sistémicos que su aplicación plantea. Como buen adolescente, tiene facetas inconsistentes e inciertas, como lo demuestra la jurisprudencia que se cita en este trabajo. Asimismo, plantea delicados dilemas sistémicos como consecuencia de la combinación entre ofertas de jurisdicción internacional abiertas a una generalidad de individuos y mecanismos arbitrales descentralizados con tribunales *ad*

noviembre de 2005, Caso CIADI ARB/03/29; *BG Group PLC versus República Argentina*, [laudo de 24 de diciembre de 2007, Caso CNUDMI]. En este último caso, el Tribunal adhirió a la interpretación amplia de la cláusula de nación más favorecida, pero no ahondó en su análisis.

74. Ver *Sahin Constructores S.p.A and Italtrade versus Jordania*, [decisión sobre Jurisdicción del 9 de noviembre de 2004, Caso CIADI ARB/02/13]; *Plama Consortium Limited versus Bulgaria*, [decisión sobre Jurisdicción de 8 de febrero de 2005, Caso CIADI ARB/03/24]; *Telenor Mobile Communications A.S. versus Hungría*, [laudo de 13 de septiembre de 2006, Caso CIADI ARB/04/15]; *Tza Top Sium. versus República del Perú*, [decisión sobre Jurisdicción del 19 de junio de 2009, Caso CIADI ARB/07/6]; *Renta 4 S.K.S.A y otros versus Rusia*, [decisión sobre objeciones preliminares de 20 de marzo de 2009, CCE No.024/2007], decisión de la mayoría del Tribunal con una opinión en disidencia; *RosInvest UK Ltd versus Rusia*, [decisión sobre Jurisdicción de Octubre de 2007, Caso CCE].
75. Ver, en particular, *Maffezini versus Reino de España*, [decisión sobre Jurisdicción de 25 de enero de 2000, Caso CIADI ARB/97/7]; y, *Siemens versus Argentina*, [decisión sobre Jurisdicción del 3 de agosto de 2004, Caso CIADI ARB/02/8].

lioc, lo que está generando importantes tensiones como consecuencia del surgimiento de múltiples disputas paralelas no acumulables con elementos fácticos y legales en común⁷⁶. Argentina, por ejemplo, ha enfrentado más de casi 40 casos paralelos con estas características, todos ellos surgidos a partir de las medidas de emergencia adoptadas en el año 2001, con los costos e incertidumbres que ello implica.

Las nuevas generaciones de TBIs⁷⁷ incluyen disposiciones sobre acumulación de procedimientos y presentan innovaciones y precisiones procesales que, aunque un tanto excesivas en su reglamentación, demuestran una creciente preocupación en delinear y precisar los pormenores operativos de los mecanismos de solución de controversias entre inversores y estados. El tiempo dirá si esta es la dirección correcta. Mientras tanto, la jurisprudencia arbitral iluminará u oscurecerá el camino. En todo caso, esperemos que prime la visión crítica por sobre la complaciente, y que sendero que se talle esté iluminado por la vocación de fomentar el estado de derecho y no por los intereses políticos o profesionales contingentes.

76. Ver *"Acumulación de Arbitrajes bajo Tratados Bilaterales de Inversión"*, C. Ignacio Suarez Anzorena, Lima Arbitration I. 2006, p. 113.

77. Ver, por ejemplo, TBI Perú - Canadá y TLC Perú - Estados Unidos.

La denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones o la calentura en las sábanas

Íñigo Salvador Crespo¹
Mélanie Riofrío Piché²

SUMARIO

1. Una decisión de tinte político. 1.1. La supuesta pérdida de soberanía jurisdiccional. 1.2. Supuesta falta de neutralidad a favor del inversionista. 1.3. CIADI contradice la Constitución Política del Estado ecuatoriano en su artículo 422. 1.3.1. Controversias comerciales y controversias derivadas de inversiones. 1.3.2. Controversia contractual y controversia derivada de tratados. 2. Efectos de la denuncia al CIADI. 2.1. Validez de la denuncia al Convenio CIADI. 2.2. Fuentes del Consentimiento CIADI. 2.2.1. El Contrato. 2.2.2. La Ley Local. 2.2.3. Los Tratados Bilaterales de Inversión. 2.3. La Irrevocabilidad del consentimiento. 2.4. Efectos de la denuncia. 3. Ecuador y el Arbitraje en materia de Inversión. 3.1. Mecanismo Complementario del CIADI. 3.2. Centros de Arbitraje Latinoamericanos. 3.3. Centros Internacionales de Arbitraje.

1. Íñigo Salvador Crespo es Director del Instituto de Investigaciones sobre Derecho Internacional (CIDI) de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), Quito, y profesor de Introducción al derecho internacional en la misma universidad. Es Doctor en Jurisprudencia por la PUCE (1987) y *Magister (Diplôme)* en Relaciones Internacionales (mención Derecho Internacional) por el *Institut Universitaire de Hautes Études Internationales*, Ginebra (1994). Es también Miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI).

ABREVIATURAS

ANC	Asamblea Nacional Constituyente
Art.	Artículo
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones
Cfr.	Cónfer: compárese con
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
ICC	Cámara Internacional de Comercio
i.e.	Id est: esto es
LCIA	Corte de Londres de Arbitraje Internacional
Núm.	Número
op. cit.	Ópere citato: en la obra citada
p.	página
Párr.	párrafo
TBI	Tratado Bilateral de Inversión
UNASUR	Unión de Naciones Suramericanas
Vol.	Volumen
Vs.	versus

2. Melanie Riofrío Piché es Licenciada en Ciencias Jurídicas y Abogada por la PUCE (2009) y actualmente cursa una maestría en Derecho de Negocios y Comercio Internacional en la Universidad de Montreal, Canadá. Su tesis de Licenciatura en la PUCE versó sobre el tema "La situación del Estado ecuatoriano frente a las obligaciones jurídicas de los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversión".

La denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones: ¿fundamento jurídico o estrategia política?

En paralelo al surgimiento del derecho internacional de inversiones extranjeras se perfecciona todo un sistema de solución de controversias que cuenta con centros de arbitraje dedicados exclusivamente a la resolución de conflictos en materia de inversión, como es el Centro Internacional de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones. Este Centro, conocido por sus siglas CIADI en español, ICSID en inglés y CIRDI en francés, es una organización internacional autónoma creada a través del Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados³. La organización, dependiente del Banco Mundial, cuenta en la actualidad con más de 140 Estados signatarios.

Entre estos Estados se encontraba el Ecuador que, con el fin de seducir a los capitales extranjeros, suscribió el mencionado Convenio el 15 de enero de 1986⁴. El Ecuador es uno de los países latinoamericanos que más ha participado en el Centro dado el alto número de demandas arbitrales que se han planteado en su contra.

3. La Convención CIADI es un tratado multilateral formulado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional para la reconstrucción y Desarrollo (El Banco Mundial). Fue firmado el 18 de marzo de 1965 y entró en vigor el 14 de octubre de 1966.
4. El Convenio fue aprobado por el Congreso Nacional mediante la Resolución Legislativa No. R-22-053 de 17 de febrero de 2001, y finalmente fue ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 1417-B, publicado en el Registro Oficial No. 309 del jueves 19 de abril de 2001 por el Presidente Gustavo Noboa Bejarano.

El 2 de Julio de 2009, el Presidente de la República, Eco. Rafael Correa, expidió el Decreto Ejecutivo No. 1823, en el cual denunció y declaró terminado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados –CIADI–, derogando el Decreto Ejecutivo No. 1417-B del 06 de abril 2001 mediante el cual el mencionado Convenio había sido ratificado⁵.

La denuncia del Ecuador es trascendente pues la mayoría de los arbitrajes internacionales en que es parte el país se realizan en el CIADI. Ello hace inevitable plantearse la pregunta: ¿queda el Ecuador exento de someter las controversias con inversionistas extranjeros a los tribunales del CIADI, a raíz de la denuncia del Convenio? El objetivo de este estudio será, entonces, establecer cuáles son los efectos jurídicos de la denuncia del Convenio de Washington. Para ello analizaremos la motivación de la denuncia, sus repercusiones jurídicas y las actuales posibilidades que tiene el Estado ecuatoriano para someter sus disputas a arbitraje de inversiones.

1. ¿UNA DECISIÓN DE TINTE POLÍTICO?

Entre los argumentos esgrimidos por el Gobierno para separarse del CIADI están la supuesta cesión de jurisdicción al CIADI con detrimento de la soberanía, la falta de neutralidad del foro a favor del inversionista y la contradicción que existe con la Constitución del Estado ecuatoriano en su artículo 422.

5. Ecuador es el segundo país latinoamericano, después de Bolivia, en denunciar este Convenio. Bolivia se adhirió al CIADI el 3 de mayo de 1991 y lo ratificó el Convenio a través de la Ley 1593 el 12 de agosto de 1994. El acuerdo entró en vigor el 23 de julio de 1995 y el gobierno de Evo Morales lo denunció el 29 de abril de 2007. Sin embargo no existen todavía precedentes arbitrales que determinen los efectos de esta denuncia.

1.1 Supuesta pérdida de soberanía jurisdiccional

Si bien el gobierno ecuatoriano no esgrimió causales específicas para denunciar el Convenio CIADI, salvo el artículo 422 de la Constitución, que será discutido más adelante, podemos deducir de ciertas declaraciones que el argumento más importante fue la supuesta pérdida de soberanía jurisdiccional. De hecho, en los debates llevados a cabo por los asambleístas de la Mesa de Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), al tratar el tema, se concluyó lo siguiente:

“El Artículo 8 (actual artículo 422), recoge una aspiración de gran respaldo nacional, consecuencia de los abusos que han deteriorado la soberanía jurídica del Ecuador. En forma expresa, dicha norma prescribe que no se podrá celebrar convenios o tratados internacionales que obliguen al Estado ecuatoriano a ceder jurisdicción a instancias o arbitraje internacional en materia contractual o comercial. Históricamente, en el Ecuador se han suscrito tratados que se han considerado como lesivos para los intereses del país, por cuanto trasladan la jurisdicción y competencia en casos de controversias originadas por relaciones contractuales o comerciales suscritas con empresas transnacionales, a instancias supranacionales de arbitraje, en las que, al parecer, los Estados son puestos al mismo nivel que una compañía comercial”⁶.

Otras intervenciones de los asambleístas del partido de Gobierno, como las declaraciones del asambleísta Geovanny Atarihuana, evidenciaron el rechazo al CIADI:

“[...] Por eso es que instrumentos como el famoso CIADI para proteger las inversiones extranjeras, deben ser rechazados por los pueblos. Y si alguna vez algún Gobierno, que no estuvo comprometido con su pueblo, sino con otros intereses, firmó, es necesario que denunciemos ese tratado. Y no se

6. Informe de Mayoría, Oficio No. 017 AC-M9-P del 16 de abril del 2008, enviado por la Presidenta de la Mesa 9 Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana, María Augusta Calle al Presidente de la Asamblea Constituyente Alberto Acosta.

trata de dogmas o de posiciones ideológicas, sino de hechos concretos”⁷.

Igualmente, César Rodríguez, vicepresidente del organismo constituyente, dijo que la salida del CIADI “significa la defensa de la soberanía de Ecuador para el manejo de sus relaciones económicas con otros Estados o con empresas de otras nacionalidades”⁸.

En similar línea se pronunció el Presidente de la República cuando señaló que “a través de la suscripción de dichos tratados, el país ha claudicado en su soberanía”⁹.

De esto se desprenden dos ideas principales: una, se afirma que existe una cesión de jurisdicción dado que la solución de controversias entre Estado e inversionista no se resuelven en cortes nacionales y, como consecuencia, otra, que los TBI son lesivos a la soberanía jurisdiccional.

Sin embargo, no hay tal cesión de jurisdicción. El artículo 190 de la Constitución reconoce expresamente el arbitraje sin distinguir entre el arbitraje nacional y el internacional: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se puede transigir”¹⁰.

Asimismo, el arbitraje es jurisdicción, la jurisdicción convencional, es decir “la que nace de la convención de las partes, en los casos permitidos por la Ley”¹¹. Así, la resolución de un conflicto por

7. Acta No. 038 del 22 de abril de 2008 de la Mesa 9 Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana, Asamblea Constituyente.

8. Eldiario.ec, *Ecuador saldrá del CIADI*, 17 de junio 2009, disponible en: <http://www.eldiario.com.ec/noticias-manabi-ecuador/122585-ecuador-saldra-del-ciadi/> [Fecha de Consulta: 20 de noviembre 2009].

9. El Universo, *Correa desconfía de CIADI en arbitraje Ecuador - Occidental*, Quito, 10 de Mayo 2008, disponible en: <http://www.eluniverso.com/2008/05/10/0001/9/CBF1D964E55D4777BF5159982A1E5795.html> [Fecha de Consulta: 12 de diciembre 2008].

10. Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de octubre 2008, art. 190.

11. Código de Procedimiento Civil del Ecuador, publicado en el Registro Oficial No. 58 del 12 de julio 2005, art. 3 y 18.

un tribunal arbitral es ejercicio de la jurisdicción convencional, con igual sustento constitucional y legal que la jurisdicción ordinaria de los jueces. No es acertado, por lo tanto, hablar de 'cesión' de jurisdicción si ésta no es exclusiva de las cortes locales sino que también se ejerce por árbitros o tribunales arbitrales.

Adicionalmente, no podemos hablar de una afectación a la soberanía jurisdiccional. Por una parte, el término '*Soberanía*' puede ser definido en el Derecho Internacional Público contemporáneo como el estatus legal internacional del Estado que no está sujeto, en su jurisdicción territorial, al gobierno ejecutivo, legislativo o judicial de otro Estado o ley extranjera que no sea el Derecho Internacional Público.

"La soberanía es un estado legal incluido pero no superior al derecho internacional público. Apoyarse en la soberanía no exime de acatar las normas del derecho internacional, ya sea en forma general o en forma de tratado. Esta obligación puede, y con frecuencia, restringe la libertad de acción de un Estado y, por ende, el ejercicio de su soberanía, pero no disminuye o priva de su soberanía como un status jurídico" (STEINBERGER, 1992: 512).

Por otra parte, el artículo 1 del Código de Procedimiento Civil dispone que '*Jurisdicción*' es "*el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados y jueces establecidos por las leyes*¹²". Por lo tanto, Soberanía Jurisdiccional sería la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado en las cortes locales sin aceptar limitaciones ni subordinación que cercene sus facultades ni su independencia y autonomía dentro del territorio del Estado, excepto el Derecho Internacional. De ello se desprende que un tratado internacional en el cual el Estado ofrece resolver las controversias que surjan con un inversionista extranjero en foros diferentes a las cortes locales, no comprende una pérdida de soberanía, al contrario, es justamen-

12. Código de Procedimiento Civil del Ecuador, *op. cit.*, art. 1.

te en ejercicio de esa soberanía que el Estado ratifica estos tratados. El autor Remiro Brotóns afirma que la ratificación es una forma de manifestación del consentimiento íntimamente unida por origen y significación a la práctica de los Estados y consiste en un acto solemne, que emana de la más alta autoridad del Estado, por la que éste instrumento *ad hoc* expresa su compromiso de obligarse por el tratado y cumplirlo en todos sus términos (REMIRO BROTONS, 1997: 207).

Finalmente, el Convenio contempla la posibilidad de que el Estado contratante exija el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales. El artículo 26 del Convenio dispone que

“Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso. Un Estado Contratante podrá exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio”.

Es, entonces, decisión del Estado exigir como requisito para recurrir al arbitraje CIADI el agotamiento de instancias internas. El Convenio no descarta el sometimiento de las disputas ante las cortes locales del Estado anfitrión.

En el caso *Maffezini vs. Reino de España*, el tribunal arbitral declaró que, en virtud del artículo 26 de la Convención CIADI, un Estado contratante puede supeditar su consentimiento a arbitrar ante el CIADI al agotamiento previo de los recursos legales locales. Al contrario, si el Estado no condicionó su consentimiento, el pre-requisito no será aplicable y las disputas podrán someterse al Centro sin necesidad de agotar las vías internas¹³. Por

13. Caso *Emilio Agustín Maffezini vs. El Reino de España*, caso no. ARB/97/7 Decisión del tribunal sobre excepciones a la jurisdicción, párr. 22. “La redacción del Artículo 26 deja en claro que si un Estado Contratante no ha condicionado su consentimiento para el arbitraje del CIADI al agotamiento previo de recursos internos, tal requisito no será aplicable. De esta manera, el Artículo 26 invierte la regla jurídica internacional tradicional, que supone exigible el requisito del agotamiento de recursos a menos que se renuncie a él en forma expresa o tácita”.

otra parte, en el caso *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen vs. Estados Unidos de América* se determinó que la regla del agotamiento de los recursos locales estaba destinada a proporcionar al demandante recursos adecuados y efectivos. De allí que, si los recursos son inútiles, imprácticos o ineficientes, no por ello el demandante quedará impedido de intentar acciones de derecho internacional, por cuanto la regla no es “*puramente técnica o rígida*”¹⁴.

1.2 Supuesta falta de neutralidad a favor del inversionista

El Primer Mandatario ecuatoriano ha criticado ásperamente los fallos del CIADI, por considerar que tienden a favorecer a los inversionistas: “*Son cosas que hay que enfrentar para liberar a nuestros países, porque esto es coloniaje, esclavitud frente a las transnacionales, a Washington, al Banco Mundial, y eso no lo podemos seguir tolerando*”¹⁵. El Presidente de la República declaró que el país no se someterá más a entes supra-regionales o supra-nacionales y catalogó a los tribunales de arbitraje como “*instrumentos parcializados de las naciones ricas*”¹⁶.

Y, sin embargo, el historial de arbitrajes internacionales que tiene el Ecuador es relativamente equilibrado. Perdió en los casos con *IBM World Trade Corp.* y *Repsol YPF Ecuador S.A.*, pese a que los tribunales se constituyeron con árbitros ecuatorianos¹⁷. Ganó en los casos con la *Empresa Eléctrica del Ecuador*

14. Caso *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen vs. Estados Unidos de América*, caso CIADI No. ARB (AF)/98/3 laudo arbitral del 26 de junio, 2003, párr. 165, 166 y 170.

15. *El Comercio*, El 60% de los arbitrajes, en el CIADI, 9 de junio 2009, disponible en http://www1.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=282917&id_seccion=6 [Fecha de consulta: 12 de diciembre 2009].

16. *El Universo*, *Gobierno critica a los tribunales arbitrales*, 22 de noviembre 2007, disponible en <http://archivo.eluniverso.com/2007/11/22/0001/9/66013E27880C4E1E8DD0366C4777709D.aspx> [Fecha de Consulta: 04 de noviembre 2009].

17. *Repsol YPF Ecuador S.A.* de nacionalidad española, registró la demanda arbitral el 5 de octubre 2001 por USD 13,5 millones de dólares. Caso ARB/01/10, el laudo fue dictado el 20 de febrero 2004, en el cual el Estado perdió. Contrato de exploración petrolera. Se interpuso un proceso de anulación del laudo que fue resuelto el 08 de enero 2007, árbitros Rodrigo OREAMUNO (Costa Rica), Eduardo CARMIGNIANI VALENCIA (Ecuador), Alberto WRAY ESPINOSA (Ecuador). En este último se perdió pese a que el arbitraje fue en Quito y con árbitros ecuatorianos.

(EMELEC) y la empresa M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine Inc.¹⁸. Adicionalmente, llegó a acuerdos amistosos con Noble Energy Inc. and Machala Power Cía. Ldt., Técnicas Reunidas S.A. and Eurocontrol S.A., y City Oriente Limited¹⁹. Y finalmente, en el caso con Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. el resultado fue de victoria parcial (o pérdida parcial, según como se lo quiera mirar)²⁰.

El país todavía tiene causas pendientes con Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company²¹, Varaderos y Talleres Durán S.A. – Vatadur²², Chevron-Texaco II²³, Murphy Exploration and

IBM World Trade Corp. (estadounidense) v. Republic of Ecuador 6 de septiembre 2002 CIADI - ARB/02/10, Laudo dictado el 22 de julio 2004, perdido, Contrato de servicios informáticos, árbitros Rodrigo JUÓN LETORT (Ecuador), Alejandro PONCE MARTÍNEZ (Ecuador), León ROLDÓS AGUILERA (Ecuador).

18. M.C.I. (estadounidense), 08 de abril 2003, USD 75 millones, CIADI ARB/03/6, laudo dictado el 31 de julio de 2007 a favor del Ecuador. Pero M.C.I. pidió que se anule la decisión. El Comité *ad hoc* declara el proceso cerrado el 17 de septiembre 2009. Ganó Energía Eléctrica, Terminación del contrato por parte de Ecuador, violación en base al TBI, árbitros Raúl E. VINUESA (Argentina), Benjamín J. GREENBERG (Canadá), Jaime C. IRARRÁZABAL (Chile).
19. Noble Energy Inc. (estadounidense) and Machala Power Cía. Ldt., 29 de Julio 2005, CIADI - ARB/05/12, solución amistosa. Energía Eléctrica, Machala Power. Llegó a un acuerdo en diciembre último para que el Estado le cancele unas facturas pendientes por la venta de energía eléctrica, Gabrielle KAUFMANN-KOHLER (Suiza), Henri C. ÁLVAREZ (Canadá), Bernardo M. CREMADDES (España).
Técnicas Reunidas S.A. and Eurocontrol S.A., Española, 31 de octubre 2006, CIADI - ARB/16/17, Acuerdo amistoso, retira su demanda contra el país. Refinamiento de petróleo. La firma argumentó que expropió sus inversiones al retirar el contrato para rehabilitar la refinería de Esmeraldas. Petroecuador, en cambio, dijo que la firma incumplió con la obra.
City Oriente Limited (estadounidense), 19 de diciembre 2006, CIADI - ARB/06/21, Acuerdo amistoso, Concesión hidrocarbúfera.
20. Duke Energy Electroquil Partners and Electroquil S.A. (Estadounidense) 07 de octubre 2004, USD 25 millones CIADI - ARB/04/19, Laudo dictado el 18 de agosto 2008, Parcialmente favorable, el Estado tuvo que pagar USD 5 millones. Energía eléctrica, Falta de acuerdo sobre el pago de una factura pendiente por la energía vendida al Estado. Gabrielle KAUFMANN-KOHLER (Suiza), Enrique GÓMEZ-PINZÓN (Colombia), Albert Jan VAN DEN BERG (Dutch).
21. Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company (Estadounidense) 13 de julio 2006 CIADI - ARB/06/1, Última etapa, se espera fallo del tribunal, Concesión Hidrocarbúfera, Oxy operaba el bloque 15 en la Amazonía ecuatoriana, y generaba el 20% de la producción total del país. El Estado terminó unilateralmente su contrato porque transfirió 40% del bloque a la firma EnCana sin autorización estatal. Oxy sostiene que el Estado expropió sus inversiones, USD 3 300 millones.
22. Varaderos y Talleres Durán S.A. – Vatadur, 2006, USD 398 millones Comisión Internacional de Arbitraje Comercial- CIAC con sede en Miami, Etapa inicial, se analiza si procede el arbitraje / jurisdicción. Contrato de adquisición de lanchas, El Ministerio de Salud contrató a Vatadur para construir tres lanchas ambulancia, por USD 492 000 cada una, pero la firma reclamaba USD 804 866 por cada una.

Production Company International²⁴, Burlington Resources Inc. and others²⁵, Perenco Ecuador Limited²⁶, Repsol YPF S.A. and others²⁷,²⁸, Chevron-Texaco III²⁹ y Unete³⁰.

Y tiene también tres notificaciones antes de la presentación de la demanda de las empresas Global Net, Ulyseas³¹, Chevron Texaco, Quiport S.A.³², CGC³³ y Merck Sharp & Dohme³⁴.

23. Chevron-Texaco II , (Estadounidense) 21 de diciembre 2006, USD 1 200 millones Reglas UNCITRAL, Corte Permanente de Arbitraje CPA con sede en la Haya., Se espera una decisión sobre la responsabilidad y daños Concesión hidrocarburífera, Supuesta denegación de justicia.
24. Murphy Exploration and Production Company International (Estadounidense), 15 de abril 2008, USD 185 millones, CIADI - ARB/08/4, Etapa inicial, se analiza si procede el arbitraje / jurisdicción., Concesión Hidrocarburífera, Rechaza pago de un impuesto petroleros y alega haber sido afectada por la Ley de Reparto de Petróleo 99-1 (ley 42).
25. Burlington Resources Inc. and others (Estadounidense), 02 de junio 2008, No determinada, CIADI-ARB/08/5, Etapa inicial, se analiza si procede el arbitraje / jurisdicción., Concesión Hidrocarburífera, Rechaza pago de un impuesto petrolero y alega haber sido afectada por la Ley de Reparto de Petróleo 99-1 (ley 42).
26. Perenco Ecuador Limited, Francesa, 04 de junio 2008, USD 434 millones, CIADI-ARB/08/6, Etapa inicial, Concesión Hidrocarburífera, Rechaza pago de un impuesto petroleros y alega haber sido afectada por la Ley de Reparto de Petróleo 99-1 (ley 42).
27. Repsol YPF S.A. and others, Española, 2008, No determinado, CIADI - ARB/08/10, El tribunal emitió una orden provisional de medidas cautelares el 17 de junio 2009. Contrato de exploración de petróleo, Rechaza pago de un impuesto petrolero y alega haber sido afectada por la Ley de Reparto de Petróleo 99-1 (ley 42).
28. Las petroleras City, Repsol, Petrobras, Perenco, Murphy y Burlington sostienen que el Estado modificó sus contratos al introducir la Ley 42, que obligó a entregar al Fisco el 99% de ingresos extras. Al respecto del sector hidrocarburífero, el Presidente de la República del Ecuador, Rafael Correa emitió el Decreto 622 del 18 de octubre 2007, 2006-42 Decreto Ejecutivo 622 www.edicioneslegales.com/novedades/Decreto-Ejecutivo-No-622.htm.
29. Chevron-Texaco III, Americana, 23 de septiembre 2009, Indeterminada, Reglas UNCITRAL, Constitución del Tribunal, Daño ambiental, Comunidades indígenas acusan a Chevron de generar daños ambientales y piden USD 27000 millones en indemnizaciones. Chevron alega que Ecuador también debe responder por esta demanda, pues la operación de Chevron en Lago Agrio se hizo en alianza con el Estado. (Incumplimiento del TBI).
30. Unete, Bolivia 2009, Por determinar, Reglas UNCITRAL, Período de negociación, Telecomunicaciones, El Estado terminó el contrato de concesión de telecomunicaciones.
31. Ulyseas, 2009, Por determinar, Reglas UNCITRAL, etapa inicial, arbitros deben fallar sobre jurisdicción, Energía Eléctrica, El Estado alega que esta compañía incumplió su contrato de generación eléctrica y quitó su permiso de operación. La compañía, en cambio, señala que el Estado afectó sus inversiones.
32. Quiport S.A., Canadiense, Notificación presentada el 12 de agosto de 2009, Período de negociación, Supuesto incumplimiento del contrato de inversión firmado con el Estado ecuatoriano el 24 de junio de 2003.
33. CGC, Argentina, Anunció demanda: 2009, Período de negociación, Operaciones petroleras. La firma reclama al Estado la suspensión de operaciones petroleras.
34. Merck Sharp & Dohme (Estadounidense) Anunció demanda: 2009 Período de negociación Juicio entre firmas privadas (Merck y una empresa local), Merck dice que el Estado no garantizó su derecho a la justicia.

Así, si analizamos las estadísticas de los casos concluidos en los cuales el Estado Ecuatoriano actuó en calidad de demandado, podemos constatar que el Estado ha obtenido resultados que se sitúan en el fiel de la balanza. No podemos hablar de una parcialización de los tribunales arbitrales. Un tribunal es sospechoso de parcialidad cuando solo los Estados ganan los casos o cuando solamente los inversionistas los ganan; la propia proporcionalidad de los resultados es sintomática de la imparcialidad de los tribunales del CIADI.

Otro detalle importante a tomar en cuenta es que no es el CIADI *per se* el que falla sino los árbitros escogidos por las propias partes, lo cual resalta el carácter de imparcialidad de los arbitrajes CIADI. En efecto, el Convenio dispone en su artículo 37(2)(a) que

“el Tribunal se compondrá de un árbitro único o de un número impar de árbitros, nombrados según lo acuerden las partes. (b) Si las partes no se pusieren de acuerdo sobre el número de árbitros y el modo de nombrarlos el Tribunal se constituirá con tres árbitros designados, uno por cada parte y el tercero, que presidirá el Tribunal, de común acuerdo”³⁵.

Por lo tanto, no es el Centro el que debería ser blanco de críticas sino, si acaso, los tribunales específicos que han dictado los laudos contrarios a los intereses de los Estados y sobre la base de análisis jurídicos rigurosos.

1.3 El CIADI contradice la Constitución del Estado ecuatoriano en su artículo 422

No se ha esgrimido argumento jurídico alguno para la denuncia del Convenio CIADI. El Decreto Ejecutivo emitido por el Presidente de la República del 2 de julio 2009³⁶ sólo hace men-

35. Convenio de Washington, art. 37(2)(a).

36. Decreto Ejecutivo No. 1823 del 02 de julio 2009.

ción, en su quinto “*considerando*”, al artículo 422 de la Constitución, según el cual

“no se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”.

Esta disposición constitucional hace una limitación clara al referirse exclusivamente a “*las controversias comerciales y controversias contractuales*”³⁷. Sin embargo, los arbitrajes emprendidos bajo el Convenio CIADI no parecen involucrar necesariamente controversias comerciales o contractuales.

1.3.1 *Controversias comerciales y controversias derivadas de inversiones*

Es fundamental diferenciar las controversias comerciales de las controversias derivadas de inversiones. Se puede definir la inversión extranjera como la transferencia de bienes tangibles o intangibles de una persona nacional de un país (inversionista) a otro (país receptor de capital) con el objetivo principal de tener una participación directa o indirecta de las ganancias de la empresa (SORNARAJAH, 2004: 7). Una inversión generalmente tiene ciertos caracteres distintivos: una duración temporal, no implica una sola compraventa, el compromiso asumido por el

37. Las controversias comerciales tienen matices específicas que las diferencian de las controversias en materia de inversiones. Bajo el derecho internacional, el Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional determina los actos que pueden ser considerados de comercio disponiendo que: “*debe darse una interpretación amplia a la expresión ‘comercial’ para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (factoring), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (leasing), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vías aérea, marítima, férrea o por carretera*”.

inversor (generalmente monetaria) es considerable, hay una expectativa de beneficio, hay un riesgo asumido por el inversor y, en ocasiones, por el gobierno anfitrión³⁷.

Así, si una compañía francesa únicamente vende equipos petroleros al Estado ecuatoriano, no está invirtiendo en el país sino únicamente realizando actos de compra y venta y, por lo tanto, una disputa proveniente de esta venta no es una disputa en materia de inversión, es una disputa comercial común. Pero si la misma empresa francesa entra en un contrato de producción compartida u obtiene una concesión por parte del Estado extranjero por la que se comprometen importantes sumas de dinero durante un período de años, para explorar o explotar petróleo con la expectativa de tener un beneficio económico bajo su propio riesgo, poniendo su propia planta y equipos que contribuyan al desarrollo del país, entonces sí está invirtiendo en el país de acogida (BISHOP, 2005: 324).

El artículo 25 (1) del Convenio CIADI establece claramente que *"la jurisdicción del Centro se extiende a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado Contratante"*. Esto quiere decir que las controversias relacionadas con simples actos de comercio no podrán ser resueltas en el Centro. Es importante tomar en cuenta que las partes que acuerdan solucionar sus dis-

37. Las controversias comerciales tienen matices específicas que las diferencian de las diferencias de las controversias en materia de inversiones. Bajo el derecho internacional, el Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional determina los actos que pueden ser considerados de comercio disponiendo que: *"debe darse una interpretación amplia a la expresión 'comercial' para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (factoring), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (leasing), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vías aérea, marítima, férrea o por carretera"*.

38. El tribunal arbitral determinó en el Caso Salini Contruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. vs. La República de Marruecos que puede ser considerado una inversión, determinando ciertos parámetros directores: *"La Doctrina generalmente considera que la inversión debe: contribuir, una cierta duración de ejecución del contrato y una participación en los riesgos de la transacción"*. Cfr. Caso CIADI no. ARB/00/4. Párr. 52 de la Decisión sobre Jurisdicción del 23 de julio de 2001.

putas bajo el Convenio CIADI no están habilitadas para transformar cualquier transacción o circunstancia en una inversión (BROCHES: 268).

1.3.2 *Controversia contractual y controversia derivada de tratados*

Varias de las demandas arbitrales en contra del Ecuador nacen de controversias en materia de inversión en las cuales se discuten obligaciones y responsabilidades del Estado, en razón de violaciones o incumplimientos de tratados de inversión específicos y no necesariamente de controversias contractuales. Bajo esta perspectiva es importante tener presente el concepto de "cláusula paraguas", que, según el Profesor Jarod Wong, es la disposición contenida en muchos TBI que impone a cada Estado contratante el requisito de observar todas las obligaciones en materia de inversión pactadas con los inversionistas del otro Estado contratante, por lo cual el tribunal internacional de arbitraje constituido bajo el TBI tendría jurisdicción sobre reclamos de violación de un contrato, dado que la violación del contrato es también una violación de la cláusula paraguas (WONG, 2006: 137). En este caso el incumplimiento contractual se constituye en una violación del Tratado, dando lugar a una diferenciación entre los derechos derivados del tratado y los derechos derivados del contrato. *"Las cláusulas paraguas han sido implementadas a ciertos TBI para otorgar mayor protección a los inversionistas más allá de los estándares tradicionales. Se las denomina 'cláusulas paraguas' porque ponen el compromiso contractual bajo el paraguas protector de los TBI. Estos añaden cumplimiento de los estándares substantivos de los TBI. De esta forma, una violación de estos contratos se convierte en violación del TBI"* (SCHREUER, 2004: 105). En otras palabras, estas cláusulas permiten elevar el reclamo contractual a nivel de reclamo de tratado, configurándose la responsabilidad internacional del Estado demandado en caso de violación del acuerdo.

Por ejemplo, el tratado bilateral de inversiones celebrado con los Estados Unidos determina que el Ecuador se obliga a "cumplir los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones"³⁹, lo cual significa que el incumplimiento del contrato constituye un incumplimiento del tratado, debiendo la controversia derivada de aquél someterse a las opciones contempladas en la cláusula de solución de controversias, entre éstas, a los Tribunales arbitrales del CIADI. En consecuencia, el antecedente de la inversión puede ser un contrato que no sería necesariamente antecedente de la controversia, ya que el reclamo puede tener como causa la violación de una norma de derecho internacional prevista en el tratado y no el incumplimiento del contrato.

En conclusión, el texto constitucional no impide que se celebren tratados en los que se acepte que diferencias en materia de inversión sean llevadas a arbitraje internacional, y menos que el Estado siga siendo demandado por esa vía en caso de violación de los mencionados tratados⁴⁰. En otras palabras, la limitación de la norma constitucional de que no podrán celebrarse tratados en los cuales se ceda jurisdicción soberana a instancias arbitrales en materias contractuales o comerciales no incluye las controversias en materia de inversión o las controversias derivadas de tratados (MARCHÁN, 2009: 88). Por lo tanto, las disputas resueltas en el Centro no son de carácter comercial y no se limitan a las de carácter contractual, por lo cual mantenerse en el CIADI no contraviene el artículo 422 de la Constitución.

39. Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de inversiones, suscrito el 27 de agosto de 1993 en Washington, durante el Gobierno de Sixto Durán Ballón, por el Embajador Edgar Torán, aprobado el 28 de septiembre de 1994 y publicado en el Registro Oficial del 22 de abril de 1997, art. II.3 (c).

40. CARMIGNIANI Eduardo, *Querían niño y salió niña*, Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Quito, 27 de junio 2008, disponible en <http://institutoecuatorianoarbitraje.blogspot.com/2008/06/queran-nio-y-sali-nia.html> [Fecha de consulta: 12 de diciembre 2008].

2. EFECTOS DE LA DENUNCIA AL CIADI

2.1 Validez de la denuncia del Convenio CIADI

Un tratado válidamente celebrado puede terminar, eximiendo así a las partes de la obligación de seguir cumpliéndolo. Las circunstancias que mueven a la terminación de un tratado están o en la naturaleza de las cosas, como ocurre cuando el cumplimiento se hace imposible, o en la voluntad de una o de todas las partes, cuando, al apreciar cambios objetivos en la situación o en sus expectativas e intereses, se inclinan a abandonar un tratado que ya estiman insatisfactorio o se vieron forzados a aceptar en el pasado, ejerciendo una libertad puramente formal (BROTÓNS,1997:281).

En el concierto internacional, el Ecuador está facultado para denunciar el Convenio CIADI amparado en el Art.54 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, que dispone que *"la terminación de un tratado o el retiro de una parte podrán tener lugar: a) conforme a las disposiciones del tratado [...]".* Así mismo, conforme con las disposiciones del Convenio de Washington, la cláusula de denuncia del Convenio, establecida en el artículo 71, es incondicional, es decir no se encuentra condicionada por factores materiales, formales o temporales: *"Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo[...]"*⁴¹.

En el marco nacional, el Presidente de la República solicitó a la Comisión de Legislación y de Fiscalización la aprobación de la denuncia del Convenio CIADI⁴², siguiendo las disposiciones especificadas en el Art. 419, núm. 7 de la Constitución ecuatoriana⁴³, que establece que *"la ratificación o denuncia de los tratados*

41. Convenio de Washington, art. 71.

42. Presidente solicita a la Comisión de Legislación y de Fiscalización, la aprobación de la denuncia del Convenio CIADI mediante oficio No. T-4484-SGJ-09-1431 del 3 de junio de 2009 enviado al Arquitecto Fernando Cordero Cueva.

43. Constitución de la República del Ecuador, *op. cit.*, art. 419, núm. 7.

internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: 7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional". La Comisión Legislativa y de Fiscalización, con 50 votos a favor, 4 en contra y 5 abstenciones, aprobó el pedido del Primer Mandatario de denuncia del acuerdo internacional⁴⁴. De conformidad con el procedimiento establecido en el Estatuto Político para la denuncia de tratados internacionales, se expidió el Decreto Ejecutivo sobre la terminación del Convenio CIADI el 2 de julio de 2009. Como lo dispone el artículo 71 de la Convención, la República del Ecuador, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, notificó la denuncia al Banco Mundial el 6 de julio de 2009. Una vez recibida la notificación, el Banco Mundial notificó a todos los Estados signatarios sobre la denuncia del Convenio por parte de Ecuador como lo determina el Art. 75(f) del Convenio CIADI⁴⁵. Conforme a este artículo la denuncia tiene vigencia seis meses después de recibida la notificación, *i.e.*, el 7 de enero de 2010.

Este procedimiento, previsto en el derecho internacional, produce como efecto la separación del Estado denunciante del respectivo tratado o convenio, del cual era parte. Sin embargo parece ser que la denuncia del Convenio CIADI no implica directamente el retiro unilateral del consentimiento para someter ciertas disputas al arbitraje del Centro y dejar de cumplir las obligaciones internacionales a las que ya se comprometió.

A continuación se analizará el consentimiento bajo las disposiciones del Convenio CIADI.

44. Pleno de la Comisión Legislativa y de Fiscalización, en la sesión No. 44 del 12 de junio 2009 resuelve aprobar la denuncia. La moción en el sentido que el Pleno acoja el pedido del Primer Mandatario la planteó el primer Vicepresidente del organismo legislativo, César Rodríguez, quien subrayó que la salida del CIADI significa la defensa de la soberanía del Ecuador, para el manejo de sus relaciones económicas con otros Estados o empresas de otras nacionalidades.

45. El Banco Mundial es el que desempeña la función de depositario de este Convenio, por lo cual los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio y sus enmiendas se depositarán en el Banco (Art. 73). El depositario debe notificar a todos los Estados signatarios las denuncias al Convenio (Art. 75 (f)).

2.2 Fuentes del Consentimiento CIADI

El sistema arbitral de solución de conflictos en materia de inversiones se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, es decir que la jurisdicción de los tribunales de arbitraje se origina en la voluntad expresa de los sujetos que consintieron someter sus conflictos al sistema arbitral. El Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados⁴⁶ menciona que *"el consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro"*.

El consentimiento constituye un requisito necesario para acceder a la jurisdicción del Centro, pero no implica el compromiso de someter una determinada controversia a arbitraje internacional⁴⁷. El convenio CIADI deja claro que la mera ratificación por parte de un Estado, no conlleva la existencia de consentimiento expreso. Para que el Ecuador se encuentre obligado a someter disputas a arbitraje CIADI es necesario cumplir con los requisitos dispuestos en el art. 25(1) del Convenio⁴⁸. Estos son: la existencia de una diferencia de naturaleza jurídica; que surja directamente de una inversión; que involucre a un Estado contratante con el nacional de otro Estado contratante; y, que las partes hayan consentido por escrito en someterla al sistema de soluciones del Centro. Este artículo menciona expresamente que es necesario el consentimiento de las partes en la controversia, es decir tanto del Estado como del inversionista; este requisito constituye, entonces, una *conditio sine qua non* para la jurisdicción del Centro.

46. Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre estados y Nacionales de Otros Estados, párr. 23.

47. Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre estados y Nacionales de Otros Estados, párrafo 25.

48. Convenio de Washington, artículo 25 (1) *"La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado"*.

A este respecto, el tribunal CSOB *v.* Slovakia⁴⁹ determinó que bajo el sistema creado por la Convención, el consentimiento de las dos partes es una condición indispensable para el ejercicio de la jurisdicción del Centro bajo el artículo 25(1). La Convención sólo requiere que el consentimiento sea escrito, dejando a las partes la libertad de escoger la forma en la cual expresen su consentimiento. La oferta y la aceptación pueden figurar en diferentes instrumentos⁵⁰. La pregunta de si las partes han expresado efectivamente su consentimiento a la jurisdicción del CIADI no debe ser respondida con referencia a la ley nacional, sino en base al derecho internacional.

El consentimiento puede ser específico como en un contrato o puede constituir una oferta abierta como la que se hace en la legislación local y en tratados internacionales.

2.2.1 El Contrato

Por una parte, el consentimiento puede tener fuente contractual como se evidencia en un acuerdo arbitral o una cláusula compromisoria, en las cuales se pacta que ciertas disputas futuras podrán ser sometidas a la jurisdicción del Centro, o en un compromiso arbitral, en cuyo caso se somete a jurisdicción arbitral una disputa ya existente entre las partes⁵¹. El consentimiento de las dos Partes se perfecciona al momento de firmar el contrato.

49. Caso CSOB *v.* Eslovaquia, caso CIADI No. ARB/94/7, Decisión sobre Jurisdicción del 24 de mayo 1999.

50. Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre estados y Nacionales de Otros Estados, párr. 24: “[...] El convenio tampoco exige que el consentimiento de ambas partes se haga constar en un mismo instrumento. Así, un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción del Centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta”.

51. Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre estados y Nacionales de Otros Estados, párr. 24: “El consentimiento de las partes debe existir en el momento en que se presenta la solicitud al Centro (Artículos 28(3) y 36(3)), pero el convenio no especifica en forma alguna el momento en que debe darse el consentimiento. El consentimiento puede darse, por ejemplo, en las cláusulas de un contrato de inversión, que disponga la sumisión al Centro de las diferencias futuras que puedan surgir de ese contrato, o en un compromiso entre las partes respecto a una diferencia que haya surgido.”

Se emprendieron negociaciones de contratos entre el Gobierno y ciertas multinacionales petroleras como City Oriente, Petrobras, Perenco, Repsol-YPF y Andes Petroleum, entre otras. El objetivo fue, según el ministro de Minas y Petróleo, Galo Chiriboga, excluir en los nuevos contratos la posibilidad de que intervenga en el arbitraje de posibles disputas el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Los eventuales problemas contractuales con las petroleras se resolverían en algún organismo de arbitraje latinoamericano o cortes ecuatorianas⁵².

2.2.2 La Ley Local

Por otra parte, Ecuador ha realizado una oferta abierta en su legislación nacional cuando dispone en el artículo 29 de su Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones que “[...] *en el contrato de inversión se estipulará que las controversias que no hayan podido ser amigablemente resueltas, podrán someterse a la decisión del Centro Internacional de Arreglo de diferencias relativas a Inversiones [...]*”⁵³. El Estado realiza una oferta abierta a someter determinadas controversias a la jurisdicción arbitral en su ley nacional por lo cual el consentimiento se perfecciona al momento de publicarse el Registro Oficial que permite que la mencionada ley entre en vigencia. Si bien el Estado otorga su consentimiento para someter las controversias al arbitraje de manera general, es importante anotar que una disposición de esta naturaleza no es suficiente para la existencia del consentimiento. Como se mencionó previamente, la jurisdicción del CIADI nace del consentimiento de las dos partes. En este caso, para que el acuerdo se perfeccione, fal-

52. Infolatam, *Correa da un plazo de 45 días para la renegociación de los contratos petroleros*, Quito, 27 de enero de 2008, disponible en http://www.infolatam.com/entrada/correa_da_un_plazo_de_45_dias_para_la_re-6863.html [Fecha de Consulta: 12 de diciembre 2009].

53. Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones del Ecuador vigente desde su publicación en el Registro Oficial No. 744 del 14 de enero 2003, art. 30: *Alternativamente, de común acuerdo entre las partes, podrá someterse la solución de dichas controversias a la decisión de tribunales arbitrales constituidos en virtud de otros tratados internacionales, bilateral o multilaterales, de los cuales el Ecuador sea parte*”.

tará aún el pronunciamiento del beneficiario aceptando la "oferta" del Estado. El consentimiento del inversor puede darse a través de una comunicación o iniciando un procedimiento de arbitraje internacional. Es generalmente aceptado en Derecho Internacional que el consentimiento se perfecciona del lado del inversionista una vez que este lo manifieste expresamente.

2.2.3 Los Tratados Bilaterales de Inversión

Finalmente, la tercera fuente de consentimiento es el tratado bilateral o multilateral. Este acuerdo internacional es ratificado entre Estados para promocionar y proteger la inversión en otro Estado. El Ecuador ha ratificado 26 tratados bilaterales de inversión en los cuales otorga directamente su consentimiento para someter controversias que deriven de materia de inversión a arbitraje internacional, principalmente ante el CIADI o bajo las reglas UNCITRAL⁵⁴. Al igual que en el caso mencionado previamente, no basta con el consentimiento otorgado por el Estado, este debe coexistir con el consentimiento del inversionista.

Como en muchos ámbitos en que los destinatarios últimos de los tratados son las personas, en el caso de los TBI, si bien sus beneficiarios son los inversionistas, estos tratados son celebrados entre Estados. En el TBI se perfecciona el consentimiento del Estado parte de una controversia pero no el consentimiento de la otra parte de la controversia, es decir el inversionista. ¿Puede el consentimiento del Estado crear una obligación para sus nacionales? El Tribunal conformado en el caso *American Mfg. & Trading, Inc vs. Zaire*⁵⁵ sostuvo que el requisito del consentimiento de las partes no desaparece con la existencia de un tratado. La Convención toma en cuenta el intercambio de consentimientos entre las Partes; cuando el artículo 25 establece en el

54. Alemania, Argentina, Bolivia, Canadá, Chile, China, Costa Rica, Cuba, El Salvador, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Honduras, Nicaragua, Países Bajos, Paraguay, Perú, Reino Unido, República Dominicana, Rumania, Suecia, Suiza, Uruguay, Venezuela.

55. Caso *American Mfg. & Trading, Inc vs. Zaire*, caso CIADI No. ARB/93/1, Decisión del 21 de febrero 1997.

párrafo 1 que “las Partes” deben haber consentido por escrito en someter la disputa al Centro, no habla de los Estados, o más precisamente, determina que un Estado, en virtud del Artículo 25 de la Convención, no puede obligar a ninguno de sus nacionales a aparecer ante el Centro; esta es una atribución que la Convención no ha otorgado a los Estados (BISHOP, 2005: 372). Por lo tanto, debe existir un consentimiento adicional al del Estado que es el del inversionista relacionado a una disputa en específico.

Esta aclaración resulta importante para efectos de determinar cuando puede ser revocable el consentimiento del Estado para someter sus disputas con un nacional de otro Estado a arbitraje internacional.

2.3 La Irrevocabilidad del Consentimiento

El Convenio CIADI dispone la irrevocabilidad del consentimiento dado por las partes en su artículo 25 (1): “El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”⁵⁶.

Esta disposición permite asegurar la estabilidad de los compromisos jurisdiccionales contraídos internacionalmente y se refuerza con la obligatoriedad del acuerdo dispuesto en el Preámbulo del Convenio que determina que

56. Convenio de Washington, art. 25 (1) “La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquier subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado”.

Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, párr. 11. “El presente convenio [...] asegurará que, una vez que un gobierno o un inversionista diera su consentimiento a la conciliación o al arbitraje bajo los auspicios del Centro, tal consentimiento no podría ser revocado unilateralmente” y párr. 23, “El consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro. El consentimiento a la jurisdicción debe darse por escrito y una vez dado no puede ser revocado unilateralmente (Artículo 25(1))”.

“Reconociendo que el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a conciliación o a arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio, lo que exige particularmente que se preste la debida consideración a las recomendaciones de los conciliadores y que se cumplan los laudos arbitrales...”.

Este artículo parte del principio de derecho internacional *“pacta sunt servanda”*, enunciado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, el cual establece que *“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”*.

A pesar de ser un principio fundamental del derecho internacional, en virtud del cual el Estado no puede, de manera unilateral, sustraerse a sus deberes libre y soberanamente adquiridos cuando suscribió el tratado, el Convenio pone énfasis en la irrevocabilidad del consentimiento, en vista de que muchos de los requisitos para acceder a la jurisdicción del Centro podrían ser eventualmente modificados por los Estados. El Estado podría intentar retirar indirectamente su consentimiento mediante la notificación bajo el artículo 25(4), modificando la legislación local en la que constaba la oferta de jurisdicción, denunciando los TBI en los que consta la oferta de jurisdicción, anulando un contrato o una autorización de inversión en el que consta el consentimiento o denunciando el Convenio (SUÁREZ, 2006: 268). En el intento de retirar su consentimiento previo, Ecuador empezó a actuar en varios frentes:

- 1) El 4 de diciembre 2007, la Secretaria General del Centro, Ana Palacio, recibió una notificación según el artículo 25(4) del Convenio CIADI por parte de la entonces Ministra de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, María Fernanda Espinosa, declarando que el Ecuador no aceptaría someter a la jurisdicción del Centro las diferencias relativas al manejo de sus recursos naturales no renovables, entendiéndose por tales al menos los

recursos mineros e hidrocarburíferos⁵⁷. De conformidad con el número 4 del artículo 25 de la Convención, un Estado contratante podrá notificar al Centro sobre la clase o clases de diferencias que el Estado aceptaría o no, someter a la jurisdicción del Centro. La notificación podrá hacerse en el momento de la ratificación, aceptación o aprobación de la Convención o en cualquier otro momento posterior⁵⁸.

- 2) El Ecuador ya ha denunciado 9 de sus tratados de promoción y protección recíproca de inversiones y los demás se encuentran en un proceso de renegociación. Sin embargo el 28 de septiembre de 2009, el Primer Mandatario dirigió una carta al Presidente de la Asamblea Nacional, Fernando Cordero Cueva, en la cual solicita la aprobación de la Asamblea Nacional de la denuncia de los acuerdos bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones, suscritos por la República del Ecuador con los Estados enumerados.

«Adjunto a la presente las copias certificadas de los acuerdos bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones, suscritos por la República del Ecuador con distintos países, los mismos que contienen cláusulas contrarias a la Constitución y lesivas para los intereses nacionales, como la de someter al Estado ecuatoriano a arbitrajes internacionales para la solución en caso de conflictos relativos a dichos convenios, desconociendo la jurisdicción ecuatoriana. Los tribunales arbitrales a los que dichos tratados obligan a someter jurisdiccionalmente al

57. Carta de la Ex Ministra de Relaciones Exteriores del Ecuador María Fernanda Espinosa dirigida a Ana Palacio, Secretaria General del CIADI el 4 de diciembre 2007 con la Notificación de exclusión parcial del Ecuador bajo el artículo 25(4) del Convenio CIADI, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> [Fecha de Consulta: 12 de noviembre 2009] El Convenio de Washington dispone en su artículo 25(4): “Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior”.
58. Para ver los efectos de esta exclusión parcial ver ANDRADE CADENA Xavier y MONTAÑEZ Marco Tulio, *Introductory Note to Ecuador’s Notice under ICSID Article 25(4)*, International Legal Materials, Volumen 47, American Society of International Law, Washington DC, 2008.

Ecuador, (la mayoría con sede en Washington), al resolver controversias entre compañías extranjeras y el Estado ecuatoriano, no suelen tomar en cuenta el derecho ecuatoriano, sino que valoran peculiarmente el concepto de "inversión", llegando a desconocer el derecho nacional cuando consideran que las medidas legislativas tomadas por la República del Ecuador han sido "arbitrarias" o "discriminatorias"⁵⁹».

El Gobierno ecuatoriano renegoció un sinnúmero de contratos en los cuales eliminó la posibilidad de acceder al Centro CIADI para resolver controversias entre el Estado y la empresa multinacional.

Se denuncia el Convenio de Washington.

Es evidente que la estrategia del gobierno ecuatoriano fue modificar los requisitos para acceder a la jurisdicción del Centro y no tener que someter sus controversias al CIADI.

2.4 Efectos de la denuncia

Como fue mencionado previamente, y de conformidad con el artículo 25(1) de la Convención, es necesario el consentimiento de las dos partes para someter controversias al Centro. *"La irrevocabilidad que consagra la norma presupone que hubo un consentimiento por ambas partes. No es aplicable si tan sólo hubo una oferta jurisdiccional en una legislación o en un tratado de inversión, y no se verificó la aceptación por parte del beneficiario de la oferta antes que esta fuera revocada"* (SUÁREZ, 2005: 274). Por lo tanto, la mera expresión de consentimiento por parte del Estado no lo vincula. El consentimiento otorgado por el Estado en un tratado, o en la legislación, o en un contrato no podrá ser revocado si coexistió con el consentimiento del inversionista para someter la disputa a arbitraje. Esto significaría que si en esos contratos o tratados, el

59. Oficio No. T. 4766-SGJ-09-2216, Quito, 28 de septiembre 2009, dirigido al Señor Arquitecto Fernando Cordero Cueva Presidente de la Asamblea Nacional.

Estado ecuatoriano reconoció la jurisdicción del CIADI, la denuncia del Ecuador no afectaría los derechos de los inversionistas amparados en tales instrumentos y el Ecuador sigue vinculado al CIADI para estos casos específicos.

Por una parte, la denuncia rige desde el momento en que es notificada, a partir de ese momento deben correr seis meses para que surta efectos. El artículo 71 del Convenio dispone que “[...] *La denuncia producirá efecto seis meses después del recibo de dicha notificación*”. Terminados los seis meses, el Ecuador supuestamente estaría facultado para no reconocer la jurisdicción del Centro. Por lo tanto, los procesos que se están desarrollando en el CIADI deben continuar en esa misma instancia sin modificación alguna.

Por otra parte, el artículo 72 del Convenio dispone que

“Las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario”.

Así, la denuncia, válida en virtud del artículo 71, no afecta los derechos y obligaciones del Estado o los nacionales del Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro otorgado antes del 6 de julio, fecha de la notificación al Secretario del Banco Mundial –depositario del tratado–. El Ecuador sigue vinculado al Convenio hasta el 7 de enero y está obligado a someterse a la jurisdicción del CIADI en controversias que surgieron antes de la denuncia si así lo consintió. En este orden de ideas, un Estado, pese a la renuncia, puede quedar obligado a someter las controversias en el sistema CIADI, si el consentimiento ha sido otorgado antes de la denuncia por inversiones antes de la denuncia.

Por lo tanto, las controversias relativas a inversiones para las cuales tanto el inversionista como el Estado hayan consentido en someter a arbitraje internacional, podrán someterse al CIADI, a pesar de la denuncia del Estado ecuatoriano. Esto es válido para las controversias cuyo consentimiento se haya perfeccionado antes de los 6 meses a partir de la notificación. Esto quiere decir que los inversionistas todavía tienen hasta el 7 de febrero para aceptar la oferta de los TBI ratificados por Ecuador o la oferta de la Ley de Garantía y Promoción de las Inversiones

Como ejemplo, si el Estado ecuatoriano firmó un contrato con una empresa extranjera, y este contrato contiene una cláusula arbitral CIADI, la controversia deberá someterse a arbitraje CIADI a pesar de la denuncia al Convenio, siempre y cuando el consentimiento de ambas partes se haya perfeccionado antes del 7 de febrero 2010. Por otro lado, las demandas internacionales interpuestas al Estado antes de la entrada en vigencia de la denuncia (esto es 6 meses después de la notificación) todavía serán aceptadas y válidas si así lo consintieron ambas partes. De producirse en el futuro controversias con el Estado, aun cuando sean posteriores a la denuncia, perfectamente pueden ser llevadas ante el CIADI si las dos partes consintieron en hacerlo antes de la entrada en vigencia de la denuncia del CIADI.

Luego, distinta situación se presenta para los TBI, ya que, si bien las controversias que las partes consintieron someter al CIADI antes del 7 de febrero del año 2010 deben ser sometidas al CIADI, a diferencia del contrato, el tratado presenta el consentimiento únicamente de los Estados y no de los inversionistas. Dado que sólo existe consentimiento unilateral y no el de ambas partes, es perfectamente posible la revocación del consentimiento por parte del Estado. Sin embargo, si la oferta del Estado en el TBI es aceptada por el inversionista, no cabe la revocación del consentimiento y deben cumplirse con las disposiciones del TBI, entre éstas someter las controversias derivadas de materia de inversión al CIADI.

Ahora bien, una complicación se presenta ya que el Ecuador ha anticipado su consentimiento para someter a la jurisdicción arbitral del CIADI las controversias que surjan en materia de inversiones con los nacionales de más de veinte Estados signatarios de TBI⁶⁰. Varios TBI como los ratificados con República Dominicana, El Salvador, Chile y Perú únicamente prevén arbitraje CIADI. Por lo tanto, si se denuncia el Convenio CIADI, se estaría incumpliendo con estos TBI, al impedir al inversionista la posibilidad de someter las disputas al Centro. Este incumplimiento por parte de un Estado se realizaría vis-à-vis otro Estado, poniendo al Ecuador en posición de ser demandado por incumplimiento de una obligación internacional, ya no por un inversionista, sino por el otro Estado parte del TBI.

Más aún, el "*principe allant de soi*" del "desdoblamiento funcional" del Estado en el derecho internacional, prescribe que un Estado que ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas. Este principio aparece como válido universalmente y ha sido calificado por la jurisprudencia como un principio evidente⁶¹. Si el Ecuador denuncia el Convenio CIADI, estaría dejando sin efecto las cláusulas de solución de conflictos en el Centro, de los distintos TBI que tiene ratificados. Parece ser que la alternativa más viable para no incurrir en responsabilidad internacional por incumplimiento de TBI, es que el Estado ecuatoriano denuncie estos TBI. Sin embargo, frente a esto se presenta otro inconveniente, y es que los TBI tiene cláusulas de supervivencia que pueden durar entre 10 y 20 años⁶².

60. International Centre for Settlement of Investment Disputes, *ICSID Database of Bilateral Investment Treaties: Treaty of Ecuador*, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ParticularCountry&country=ST42> [Fecha de consulta: 19 de septiembre 2008].

61. Échange des populations grecques et turques, avis consultatif, 1925, C.P.J.I., série B, No. 10, p. 20.

62. Por ejemplo el art.12, núm. 3 del Tratado Bilateral de Inversiones celebrado entre Ecuador y los Estados Unidos determina "con respecto a las inversiones efectuadas o adquiridas antes de la fecha de terminación del presente Tratado, y a las cuales el presente Tratado sea por lo demás aplicable, las disposiciones de todos los demás artículos del presente Tratado continuarán en vigor durante un periodo adicional de diez años después de la fecha de terminación".

Podemos concluir entonces que para que la denuncia tenga los efectos deseados por el gobierno, el Estado ecuatoriano debe retirar su consentimiento otorgado previamente al CIADI, sea anulando o renegociando los contratos correspondientes, denunciando los Tratados Bilaterales de Inversión o reformando los artículos pertinentes de la Ley de Garantía y Promoción de la Inversión y su respectivo Reglamento.

3. ECUADOR Y EL ARBITRAJE EN MATERIA DE INVERSIÓN

3.1 Mecanismo Complementario del CIADI

El Centro también administra el Mecanismo Complementario o "*Additional Facilities*", disponible para arbitrar controversias entre Estados e inversionistas extranjeros que no cumplen con los requisitos jurisdiccionales que establece el Convenio CIADI, si las partes lo consienten y el Secretario General lo aprueba. El Consejo Administrativo del Centro adoptó el Reglamento del Mecanismo Complementario autorizando al Secretariado del CIADI a administrar cierta categoría de procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que están fuera del ámbito de aplicación del Convenio del CIADI. Estos son: (i) procedimientos de comprobación de hechos; (ii) procedimientos de conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de las cuales no sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante; y (iii) procedimientos de conciliación o arbitraje entre partes, de las cuales al menos una sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante, para el arreglo de diferencias que no surjan directamente de una inversión, a condición de que la transacción en cuestión no sea una transacción comercial ordinaria⁶³. Al respecto, el artículo 2 de las Reglas del Mecanismo Complementario CIADI disponen: "El

*Secretariado del Centro está facultado para administrar procedimientos entre un Estado (o una subdivisión constitutiva de un Estado o una entidad del mismo) y un nacional de otro Estado, comprendidos dentro de las siguientes categorías (...)*⁶⁴.

Los asuntos resueltos por el Mecanismo Complementario no gozan de las inmunidades ni se les aplica las disposiciones del Convenio CIADI. A este respecto el artículo 3 de las Reglas del Mecanismo Complementario dispone que *"Ninguna de las disposiciones del Convenio será aplicable a dichos procedimientos ni a las recomendaciones, laudos o informes que se pronuncien o formulen en ellos"*. Si bien los procedimientos bajo el Mecanismo Complementario no están regulados por el Convenio CIADI⁶⁵, esta todavía es una posibilidad para el Estado ecuatoriano.

El arbitraje no es un arbitraje CIADI propiamente dicho. En este sentido, como Ecuador ya no formaría parte del sistema CIADI, el arbitraje internacional podría regirse por las Reglas del Mecanismo Complementario del CIADI siempre y cuando el otro Estado si forme parte del CIADI y se encuentre vigente una oferta de arbitraje contenida en algún tratado o contrato.

3.2 Centros de Arbitraje Latinoamericanos

Por otra parte, se está impulsando un centro de arbitraje en la Unión de Naciones Suramericanas. *"También rechazamos, basados en los principios de soberanía, las relaciones con centros de arbitraje como el CIADI, que no han servido más que para juzgar, sentenciar y beneficiar los intereses transnacionales sobre los intereses naciona-*

63. Reglamento del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Introducción*. Las últimas enmiendas del Mecanismo complementario del CIADI fueron adoptados por el Consejo Administrativo del Centro y tuvieron efecto el 10 de abril de 2006.

64. *Ibid.*, art. 2.

65. Sin embargo, de conformidad con el Artículo 5 del Reglamento del Mecanismo Complementario, ciertas disposiciones del Reglamento Administrativo y Financiero del CIADI se aplican *mutatis mutandis* con respecto a los procedimientos bajo el Mecanismo Complementario.

les"⁶⁶. "Hemos denunciado al CIADI y a los TBI (Tratados Bilaterales de Inversión) y quisiéramos una normatividad en el contexto de Unasur para fortalecer los mecanismos de tratamiento de inversión extranjera directa", afirmó el canciller Fander Falconí⁶⁷. Durante la Cumbre de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) el 10 de agosto 2009, Ecuador planteó la creación de un sistema de intermediación sobre las inversiones extranjeras directas. Dentro de los proyectos que Ecuador está impulsando en la UNASUR está la creación de un centro de asesoramiento jurídico internacional especializado en materia de inversiones y la mencionada creación de un centro internacional de arbitraje bajo el sistema jurídico de los países latinoamericanos. Este se configura como un centro de arbitraje alternativo al actual Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones.

Esto responde a la voluntad de países latinoamericanos de conformarse como un bloque regional⁶⁸. Sin embargo, sea en sede regional o internacional, el incumplimiento de un tratado o un contrato por parte de un Estado siempre acarreará la responsabilidad de este último. En los arbitrajes se debaten los argumentos de las partes, independientemente del lugar donde se resuelva la demanda. El resultado del arbitraje no deriva del lugar sino de "*Un tribunal versado, una buena estrategia de defensa y que la conducta del Estado respecto de la cuestión controvertida sea razonablemente defendible desde el punto de vista jurídico*"⁶⁹.

66. Discursos del Ministro de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, Disertación del Ministro de Relaciones Exteriores, comercio e integración i jornadas de reflexión sobre diversos aspectos de las relaciones internacionales,

"Enfrentar los desafíos actuales a través de una acción multilateral eficaz", Quito, 12 de noviembre de 2009, disponible en http://www.mirtee.gov.ec/2009/discursos_121109.asp [Fecha de Consulta: 21 de noviembre 2009].

67. Ecuador propondrá un nuevo sistema de arbitraje durante su presidencia en la Unasur, Quito, 8 de julio de 2009 (EFE), disponible en <http://www.que.es/ultimas-noticias/internacionales/200907082327-ecuador-propondra-nuevo-sistema-arbitraje.html> [Fecha de Consulta: 12 de diciembre 2009].

68. Ecuador se unió a la "Alianza Bolivariana para los Pueblos de Nuestra América-Tratado de Comercio de los Pueblos" (ALBA-TCP). En abril de 2007 los Miembros de la ALBA acordaron retirarse del CIADI.

69. Declaraciones del Doctor Alberto Wray, asesor del Ecuador en la demanda con MCI, en Diario el Comercio, "Otro enfoque a los arbitrajes", 23 de octubre 2008, disponible en http://www.elcomercio.com/solo_texto.asp?id_noticia=148913 [Fecha de Consulta: 12 de noviembre 2009].

Además debemos tomar en cuenta que los que fallan siempre son los árbitros elegidos por las propias Partes. De hecho, los arbitrajes con el Estado ecuatoriano pueden llegar, inclusive, a ser los mismos árbitros de las listas del CIADI.

3.3 Centros Internacionales de Arbitraje

Ecuador todavía tiene varias alternativas para resolver sus disputas con inversionistas extranjeros en arbitrajes internacionales. La resolución de disputas de inversiones planteadas ante otros centros arbitrales o a través de arbitrajes ad-hoc sólo requieren del consentimiento de las partes. Es el caso de controversias de naturaleza jurídica entre el Estado anfitrión y los inversionistas planteadas ante la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), la Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio (ICC) y el arbitraje ad-hoc entre inversionistas y Estados según las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL, según sus siglas en inglés). Por una parte, puede hacerlo bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en un arbitraje no administrado. Por ejemplo, nuevos contratos firmados con empresas petroleras prevén la solución de conflictos en el Centro de Arbitrajes y Mediación de Santiago de Chile bajo las reglas UNCITRAL, como el caso de la empresa china Andes Petroleum, que accedió a someter futuras controversias ante el Centro de Arbitrajes y Mediación de Santiago (Chile) con reglas UNCITRAL. Inclusive ciertos TBI, como el ratificado con Canadá dispone como única opción el arbitraje UNCITRAL, por no estar vigente todavía para Canadá la convención del CIADI⁷⁰.

70. Canadá se adhirió recientemente a la Convención CIADI el 15 de diciembre 2006.

COLOFÓN

El sometimiento de disputas relativas a inversiones a tribunales arbitrales es la consecuencia natural de la suspicacia que una y otra parte tienen respecto de lo bien que podría irle ante los jueces del domicilio de la respectiva contraparte. O visto desde la óptica opuesta –el vaso medio lleno– es la aceptación por las partes en una controversia de que ambas se sentirán más cómodas si la disputa es resuelta por juzgadores que les garanticen probidad, capacidad y efectividad.

Cuando un Estado y un inversionista suscriben un contrato, el no someter las eventuales disputas a los jueces ordinarios de aquél no es una postura política que refleja la intención del inversionista de imponer designios empresariales. Tampoco es, como se ha demostrado con las cifras de los arbitrajes ganados y perdidos, acto de entreguismo de un Estado incapaz de defender su soberanía. Se trata más probablemente de la necesidad, conjuntamente sentida, de llevar adelante una relación mutuamente beneficiosa en la cual, si llegan a presentarse diferencias, ambas partes estarán seguras de que la solución de aquéllas será justa, pronta y objetiva.

Verlo de otra manera es desconocer la realidad de las relaciones económicas mundiales, máxime cuando el Estado ecuatoriano no goza de los recursos necesarios para llevar adelante los proyectos de infraestructura y servicios públicos que exige la población ecuatoriana y que es un derecho, sobre todo, de los más desposeídos.

Denunciar el Convenio CIADI y los TBI en razón de la equivocada creencia de que los fallos de los tribunales arbitrales conformados a su luz son siempre perjudiciales para el Ecuador es creer que la calentura está en las sábanas. Para comenzar, como hemos visto, no siempre se pierde. Cuando se ha perdido, ha sido generalmente por un desafortunado eslabonamiento de hechos y conductas que constituyen una "cadena de fracaso". Se

han perdido los casos en que se han conectado uno o varios de los siguientes eslabones: 1) contratos mal negociados, sea por venalidad, incapacidad o falta de experiencia; 2) incumplimientos contractuales del Estado, debidos, en el mejor de los casos, a una engorrosa estructura burocrática que impide la toma oportuna de decisiones; 3) equivocada o improvisada estrategia de defensa. *Contrario sensu*, si la negociación del contrato se hace técnica, honesta y firmemente, si el Estado realiza las prestaciones contractuales de buena fe y oportunamente, si la defensa legal de los intereses estatales se encomienda a manos experimentadas y capaces, el resultado de someter las diferencias a tribunales arbitrales ha sido beneficioso para el Ecuador.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- BISHOP R. Doak, CRAWFORD James, REISMAN W. Michael, (2005), *Foreign Investment Disputes: cases, materials and commentary*, La Haya: Kluwer Law International.
- BROCHES, Aron, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes: some observations on Jurisdiction*", Columbia Journal of Transnational Law, vol. 5.
- BROTÓNS, Antonio (1997), *Derecho internacional*, McGraw-Hill, Madrid.
- MARCHÁN, Juan Manuel (2009), *El Tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución Ecuatoriana*, Revista del Club Español del Arbitraje.
- SCHREUER, Christoph (2004), *Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella clauses and Forks in The Road*, The Journal of World Investment & Trade, vol.5, issue 2.
- SORNARAJAH, Muthucumaraswamy (1992), *The International Law on Foreign Investment*, Second edition., Cambridge University, United Kingdom, 2004.
- STEINBERGER Helmut, *Sovereignty*, in: R. Bernhardt (ed), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV.
- SUÁREZ ANZORENA, Ignacio (2006), *Introducción a los requisitos Ratione Materiae y Ratione Personae del Arbitraje bajo el Convenio CIADI*, Revista Peruana de Arbitraje No. 2.
- WONG, Jarrod (2006), *Umbrella Clauses in Bilateral Investment Treaties: Of Breaches of Contract, Treaty Violations, and the Divide between Developing and Developed Countries in Foreign Investment Disputes*, George Mason Law Review n° 135, United States.

Normativa Nacional

- Constitución República del Ecuador 2008.
- Constitución Política del Ecuador 1998.
- Código de Procedimiento Civil del Ecuador.
- Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador.
- Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones del Ecuador.

Normativa Internacional

- Convención de Viena que regula el derecho sobre los Tratados Internacionales.
- Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección recíproca de inversiones.
- La Convención del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones.

Casos y Jurisprudencia citada

- Caso Emilio Agustín Maffezini *vs.* El Reino de España, caso CIADI No. ARB/97/7 Decisión del tribunal sobre excepciones a la jurisdicción.
- Caso Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen *vs.* Estados Unidos de América, caso CIADI No. ARB (AF)/98/3 laudo arbitral del 26 de junio, 2003.
- El Caso Salini Contruttori S.P.A. e Italstrade S.P.A. *vs.* La República de Marruecos, caso CIADI no. ARB/00/4, Decisión sobre Jurisdicción del 23 de julio de 2001.
- Caso CSOB *vs.* Eslovaquia, caso CIADI No. ARB/94/7, Decisión sobre Jurisdicción del 24 de mayo 1999.
- Caso American Mfg. & Trading, Inc *vs.* Zaire, caso CIADI No. ARB/93/1, Decisión del 21 de febrero 1997.

Informes y Resoluciones

- Informe de Mayoría, Oficio No. 017 AC-M9-P del 16 de abril del 2008, enviado por la Presidenta de la Mesa 9 Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana, María Augusta Calle al Presidente de la Asamblea Constituyente Alberto Acosta.
- Acta No. 038 del 22 de abril de 2008 de la Mesa 9 Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana, Asamblea Constituyente.
- Decreto Ejecutivo No.1823 del 02 de julio 2009.
- Oficio No. T. 4766-SGJ-09-2216, Quito, 28 de septiembre 2009, dirigido al Señor Arquitecto Fernando Cordero Cueva Presidente de la Asamblea Nacional.
- Presidente solicita a la Comisión de Legislación y de Fiscalización, la aprobación de la denuncia del Convenio CIADI mediante oficio No. T.4484-SGJ-09-1431 del 3 de junio de 2009 enviado al Arquitecto Fernando Cordero Cueva.
- Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre estados y Nacionales de Otros Estados
- Reglamento del Mecanismo Complementario para la Administración de Procedimientos por el Secretariado del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, *Introducción*. Las últimas enmiendas del Mecanismo complementario del CIADI fueron adoptados por el Consejo Administrativo del Centro y tuvieron efecto el 10 de abril de 2006.

Artículos de Prensa

- Eldiario.ec, *Ecuador saldrá del CIADI*, 17 de junio 2009, disponible en <http://www.eldiario.com.ec/noticias-manabi-ecuador/122585-ecuador-saldrá-del-ciadi/> [Fecha de Consulta: 20 de noviembre 2009].

- El Universo, *Correa desconfía de CIADI en arbitraje Ecuador-Occidental*, Quito, 10 de Mayo 2008, disponible en <http://www.eluniverso.com/2008/05/10/0001/9/CBF1D964E55D4777BF5159982A1E5795.html> [Fecha de Consulta: 12 de diciembre 2008].
- El Comercio, *El 60% de los arbitrajes, en el CIADI*, 9 de junio 2009, disponible en http://ww1.elcomercio.com/noticiaEC.asp?id_noticia=282917&id_seccion=6 [Fecha de consulta: 12 de diciembre 2009].
- El Universo, *Gobierno critica a los tribunales arbitrales*, 22 de noviembre 2007, disponible en <http://archivo.eluniverso.com/2007/11/22/0001/9/66013E27880C4E1E8DD0366C4777709D.aspx> [Fecha de Consulta: 04 de noviembre 2009].
- Infolatam, *Correa da un plazo de 45 días para la renegociación de los contratos petroleros*, Quito, 27 de enero de 2008, disponible en http://www.infolatam.com/entrada/correa_da_un_plazo_de_45_dias_para_la_renegociacion.html [Fecha de Consulta: 12 de diciembre 2009].
- International Centre for Settlement of Investment Disputes, *ICSID Database of Bilateral Investment Treaties; Treaties of Ecuador*, disponible en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDPublicationsRH&actionVal=ParticularCountry&country=ST42>
- *"Enfrentar los desafíos actuales a través de una acción multilateral eficaz"*, Quito, 12 de noviembre de 2009, disponible en http://www.mmree.gov.ec/2009/discurso_121109.asp

1

Arbitrabilidad, inversión e ilegalidad

*Mónica Jiménez
Andrea Saldarriaga¹*

SUMARIO

1. Introducción. 2. La noción de Arbitrabilidad. 2.1. Arbitraje comercial internacional. 2.2. Arbitraje de inversión. 3. Arbitrabilidad e ilegalidad. 3.1. Arbitraje comercial internacional. 3.2. Arbitraje de inversión. 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Como punto de partida, es preciso reconocer que, si bien el concepto de arbitrabilidad resulta familiar a la práctica del arbitraje internacional, su uso suele circunscribirse al arbitraje comercial internacional siendo infrecuente –por no decir inexistente– en el arbitraje de inversión.²

Teniendo en cuenta esta circunstancia, el presente artículo se propone explorar la acepción y utilización del concepto de arbitrabilidad en el marco del arbitraje de inversión vinculándolo-

1. Mónica Jiménez es asociada de la firma Fasken Martineau en Vancouver, Canadá y se especializa en temas de arbitraje internacional. Andrea Saldarriaga se desempeña como consultora en materia de arbitraje internacional y derecho internacional de las inversiones para la firma Gómez Pinzón Zuleta, desde Londres. Las autoras agradecen la valiosa colaboración de Sebastián Mantilla, asociado de Gómez Pinzón Zuleta, en la preparación de este artículo.
2. Para los efectos de este artículo, la expresión ‘arbitraje de inversión’ se refiere específicamente al arbitraje que tiene como fundamento un tratado de inversión en el que el Estado manifiesta de forma unilateral su consentimiento para resolver mediante arbitraje las disputas relativas a la inversión. A su vez, la expresión tratado de inversión incluye tanto los tratados bilaterales de inversión (en adelante, TBI) como los capítulos de inversión en tratados de libre comercio.

lo, en particular, con la problemática que presenta el tratamiento de cuestiones de ilegalidad de la inversión, asunto que, con inusitada frecuencia, se viene presentando recientemente en este campo.

Con tal fin, el artículo comienza analizando la noción de arbitrabilidad en el arbitraje comercial internacional, para luego discutir su significado para el arbitraje de inversión. Seguidamente, se plantea la problemática relacionada con las cuestiones de ilegalidad para estudiar, posteriormente, la posible utilidad de la noción de arbitrabilidad en este contexto.

2. LA NOCIÓN DE ARBITRABILIDAD

2.1 Arbitraje comercial internacional

En el arbitraje comercial internacional, el vocablo ‘arbitrabilidad’ hace referencia a dos fenómenos diferentes. De un lado, está la llamada arbitrabilidad objetiva o *ratione materiae* que se refiere a si la disputa es susceptible de ser sometida a arbitraje.³ Del otro lado, la arbitrabilidad subjetiva o *ratione personae* hace referencia a la posibilidad de las partes para someter sus disputas a arbitraje en razón de sus condiciones particulares.⁴ Para los fines de este artículo, se recurrirá a la noción de arbitrabilidad objetiva.

3. La arbitrabilidad objetiva también se conoce como la doctrina de la inarbitrabilidad (non-arbitrability doctrine). Véase: BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer, 2009. pp. 766-772.

4. Es común que el argumento de la arbitrabilidad *ratione personae* sea invocado en disputas que involucren al Estado o a entidades estatales, donde la normatividad local restringe la capacidad del Estado o de dichas entidades para someter sus controversias a arbitraje. Véase, MISTELIS, Loukas A., “Part I. Fundamental Observations and Applicable Law. Chapter 1 - Arbitrability – International and Comparative Perspectives”, en: MISTELIS, Loukas A. y BREKOULAKIS, Stavros L. (Eds.), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, 2009, págs. 1-18; GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John (Eds.), *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, pp. 312-313.

En términos generales, el concepto de arbitrabilidad objetiva o *ratione materiae* en el arbitraje comercial internacional se refiere a la posibilidad de que el asunto objeto de la controversia sea susceptible de ser sometido a arbitraje: de ser posible arbitrar la disputa, ésta podrá ser llevada ante los tribunales arbitrales; en caso contrario, estará sujeta a la jurisdicción exclusiva de las cortes nacionales.⁵ La posibilidad de someter una disputa a arbitraje no se confunde con la validez del pacto arbitral: a pesar de que éste se suscriba válidamente, una disputa cubierta por dicho acuerdo puede no ser arbitrable. Las cuestiones de arbitrabilidad pueden constituir una causal de anulación del laudo, o conducir a que el pacto arbitral sea inaplicable o a que el laudo resultante no sea ejecutable.⁶

La determinación de las materias que pueden ser arbitradas generalmente depende de una de las leyes relevantes para el arbitraje. De hecho, las diferencias en dicha calificación son el resultado de diversas tendencias jurídicas, reflejadas en las dis-

5. El concepto de arbitrabilidad ha sido también utilizado para determinar si una disputa es arbitrable por encontrarse dentro del ámbito de aplicación de la cláusula de arbitraje. En este contexto, la discusión se torna más específica pues busca establecer si una disputa particular se encuentra bajo la jurisdicción de una corte. En este artículo no se recurrirá a este sentido restringido de 'arbitrabilidad', sino a su significado amplio (esto es, si la materia es susceptible de ser sometida a arbitraje en general). Sobre este punto, véase: BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, p. 123.
6. Tanto la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante 'Convención de Nueva York' o 'CNY') y la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (en adelante 'Ley Modelo CNUDMI'), incluyen como causales para la denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo que el objeto de la controversia no sea susceptible de ser resuelto por medio de arbitraje. Así, el artículo II.1 de la CNY establece: "...[c]ada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concierne a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje". En su artículo V.2.a, la CNY dispone: "[t]ambién se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje...". Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958, arts. II.1 & V.2.a. Por su parte, la Ley Modelo CNUDMI dispone en su artículo 36: "Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución: 1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado: b) cuando el tribunal comprueba: i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o ii) que el laudo es contrario al orden público de este Estado...". CNUDMI, Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, 1985, art. 36.

posiciones legales imperativas o en la noción de orden público acogida por cada jurisdicción.⁷ Por ejemplo, algunas legislaciones nacionales excluyen las disputas que involucran al Estado o a entidades estatales o las que se refieren a temas de orden público, tales como los asuntos regulados por el derecho penal o la protección al consumidor. Otras legislaciones prefieren apelar al uso de criterios jurídicos adicionales para delimitar el concepto de arbitrabilidad incluyendo, por ejemplo, la condición de que las partes puedan disponer de los derechos objeto de la disputa o el carácter pecuniario de los mismos.⁸

Estos límites surgen de la decisión de los gobiernos y cortes nacionales de excluir del arbitraje las materias que tienen un matiz o efecto público y que no deberían ser consideradas en un foro privado, como lo es el arbitraje. La tendencia actual parecería orientarse hacia una concepción restringida de los límites de la arbitrabilidad, de tal manera que pocas materias se encontrarían al final excluidas del arbitraje.⁹ Asimismo, la interpretación y uso de leyes domésticas en el contexto del arbitraje internacional dependerá de la naturaleza de la disputa. En esta medida, mate-

7. Es importante señalar que el concepto de arbitrabilidad difiere del de orden público que constituye una causal independiente para, de un lado, la denegación del reconocimiento y ejecución del laudo y, del otro, su anulación. Sin embargo, estos conceptos tienden a sobreponerse y algunos autores consideran que las cuestiones de orden público subyacen o fundamentan las limitaciones impuestas por la noción de arbitrabilidad. Al respecto señala el autor Loukas Mistelis: "[a] pesar de la notable expansión del ámbito de la arbitrabilidad en las últimas dos décadas, la perspectiva prevalente es aún que consideraciones de orden público subyacen a la inarbitrabilidad". Este autor propone abordar el tema desde una perspectiva diferente, desligando las cuestiones de arbitrabilidad de las de orden público; en efecto, afirma: "en los limitados tipos de disputas que aún se consideran inarbitrables, la inarbitrabilidad se relaciona con las limitaciones naturales del arbitraje como un mecanismo de resolución de disputas de carácter consensual, más que con el orden público. Este último, como se discute aquí, es efectivamente irrelevante para la discusión de arbitrabilidad". Traducción libre. MISTELIS, Loukas A., "Part I. Fundamental Observations and Applicable Law. Chapter 1 - Arbitrability - International and Comparative Perspectives", en: MISTELIS, Loukas A. y BREKOULAKIS, Stavros L. (Eds), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, 2009, p. 19.

8. POUDRET, Jean-François y BESSON, Sébastien, *Comparative Law of International Arbitration*, 2nd ed., London: Sweet & Maxwell Ltd., 2007, p. 281.

9. En ese orden de ideas señala Gary Born que "...[l]os límites de inarbitrabilidad que existen bajo los derechos nacionales, han evolucionado materialmente en el tiempo, con un excepticismo histórico acerca de la capacidad del proceso arbitral para resolver categorías particulares de disputas, que ha erosionado sustancialmente en décadas recientes. Esta erosión ha progresado al punto que la mayoría de jurisdicciones desarrolladas imponen hoy sólo límites restringidos sobre los asuntos que pueden ser arbitrados". Traducción libre. BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, p. 775.

rias que se considerarían no arbitrables bajo una ley doméstica particular, podrían llegar a serlo en un contexto internacional.¹⁰

La utilidad del concepto de arbitrabilidad en el arbitraje comercial internacional se explica por la importancia de evitar el arbitraje relativo a algunos temas que, ya sea por razones de política pública o por voluntad del legislador, no deben estar

10. En ese sentido, se ha dicho que "el hecho de que un asunto particular no sea arbitrable en un escenario doméstico, bajo un derecho nacional particular, no necesariamente significa que no será arbitrable en un escenario internacional; por el contrario, las reglas locales de inarbitrabilidad se interpretan frecuentemente como aplicables sólo a asuntos domésticos. La justificación de esta conclusión ha sido que, en casos internacionales, las concepciones nacionales de orden público y las leyes imperativas deben moderarse, a la luz de la existencia de órdenes públicos de otros Estados enfocados y la política pública internacional de fomentar la resolución de disputas comerciales internacionales mediante arbitraje". Traducción libre. BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer, 2009, págs. 775-776. Véase también: BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009, pág. 2.114.

Al respecto resulta interesante la discusión en torno a los conceptos de orden público nacional e internacional surgida como resultado de los desarrollos jurisprudenciales de las cortes francesas que han debido ocuparse del tema, dado que el numeral 5 del artículo 1502 del Nuevo Código de Procedimiento Civil permitió denegar el reconocimiento y ejecución de un laudo cuando éste sea contrario al orden público internacional. Al analizar dicha disposición, la Corte de Apelaciones de París indicó que "una violación del orden público doméstico -asumiendo que haya sido establecida- no provee los fundamentos para apelar una decisión otorgando la ejecución de un laudo arbitral extranjero en Francia, porque el artículo 1502 5° sólo se refiere a los casos en que el reconocimiento o ejecución de un laudo serían contrarios al orden público internacional". Traducción libre. CORTE DE APELACIONES DE PARÍS, *Infragar Cofar v. Gagnant*, 1985. En: Rev. Arb. No. 299.

Sobre esta decisión, ha comentado la doctrina: "la única relación entre el orden público internacional bajo el artículo 1502 5° y el orden público doméstico francés es meramente negativa: como el orden público internacional está en el corazón del orden público doméstico, una regla que no es ni siquiera un asunto de orden público doméstico no podría ser considerada como perteneciente al orden público internacional. En contraposición, se ha argumentado algunas veces que el orden público al que se refiere el artículo 1502 5° debe ser interpretado como un 'verdadero orden público internacional', que puede definirse como orden público derivado de la comparación de las exigencias fundamentales de los derechos nacionales y, particularmente, del derecho internacional. El concepto de 'verdadero orden público internacional' es perfectamente legítimo cuando se aplica por los árbitros, quienes no pertenecen a ningún sistema legal particular... [Sin embargo] el orden público internacional al que se refiere el artículo 1502 5° puede ser sólo la concepción francesa de orden público internacional o, en otras palabras, el conjunto de valores cuya violación no podría ser tolerada por el ordenamiento jurídico francés, inclusive en casos internacionales." Traducción libre. GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, pp. 954-955. Nótese que se ha desarrollado una concepción nacional de orden público, más flexible, destinada a ser aplicada en el contexto del arbitraje internacional, que funge como estándar fundamental para determinar qué es y qué no es arbitrable, confundiendo de esta forma los límites de uno y otro concepto. Así, han señalado las cortes francesas que "...[e]l asunto de la arbitrabilidad debe ser tratado como cualquier otro tema de orden público internacional: las cortes que revisen el laudo deben aplicar los conceptos de orden público internacional reconocidos en sus propio ordenamiento jurídico, mientras que los árbitros deben determinar por sí mismos las condiciones [que impone] el verdadero orden público internacional". Traducción libre. GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, p. 317.

sujetos a un mecanismo privado de resolución de conflictos, sino que deben dejarse en manos del Estado. En este contexto, son numerosos los casos en los que se ha alegado la inarbitrabilidad de la materia objeto de la disputa, para objetar la jurisdicción del tribunal, buscar la anulación del laudo, o evitar su ejecución.

2.2 Arbitraje de inversión

En contraste con el arbitraje comercial internacional, el concepto de arbitrabilidad parece *prima facie* ajeno al arbitraje de inversión. Pues bien, el propósito de esta sección es precisamente identificar si es posible aplicar este concepto en el marco del arbitraje de inversión. Para tal fin, se hará especial énfasis en la noción de arbitrabilidad objetiva.

Como se dijo anteriormente, en el arbitraje comercial internacional la regla general es que las disputas son arbitrables. En consecuencia, la excepción es que ciertos tipos de disputas se reservan a las cortes nacionales.

En el arbitraje de inversión, la expresión 'arbitrabilidad *ratione materiae*' tendría una connotación restringida. En términos generales, la arbitrabilidad depende de la existencia de una inversión. Es decir, los únicos temas que serían susceptibles de resolución por parte de un tribunal arbitral serían los relacionados con una 'inversión', según la definición que de dicho vocablo provea el tratado respectivo. Sin embargo, este criterio (es decir, la definición de inversión en el tratado como limitante de la materia arbitrable) ha venido a ser complementado por dos estándares adicionales, que también podrían identificarse como criterios de arbitrabilidad de una disputa de inversión. En primer lugar, se identifica el desarrollo de una noción de inversión en la jurisprudencia arbitral y, en segundo lugar, se observa que los tratados incluyen –además de la definición de inversión– ciertas condiciones para que la inversión sea susceptible de protección bajo el instrumento. Ambos criterios han venido restrin-

giendo el ámbito de lo que, bajo las disposiciones de un tratado de inversión, sería arbitrable.

En efecto, además de la definición de inversión provista por el tratado, es importante considerar la controversia que ha surgido en relación con la definición de inversión en el contexto del CIADI y, en términos más generales, sobre la posible existencia de una definición inherente de inversión que actúe independiente del sistema procesal en el que se desarrolle el arbitraje. Aunque escapa al propósito del presente artículo discutir en detalle esta controversia, resulta suficiente señalar que la arbitrabilidad de una disputa de inversión podría depender del enfoque adoptado por el tribunal al respecto.¹¹

Por otro lado, algunos tratados consagran definiciones amplias de inversión y no incluyen condiciones adicionales para su protección. Otros instrumentos contienen restricciones estrictas en relación con la inversión objeto de protección. Así, los Estados receptores pueden optar por limitar el tipo de inversión que desean proteger, incluyendo en los acuerdos ciertas condiciones, tales como la necesidad de aprobación de la inversión, la exigencia de que la inversión 'se haga de acuerdo con las leyes del Estado receptor' o la exclusión de actividades o sectores económicos del campo de aplicación del tratado y, de esta manera, del arbitraje de inversión.

Es en este contexto que se analizará la pregunta sobre la ilegalidad de la inversión como límite para la arbitrabilidad de las disputas de inversión.¹² Recurrir a esta noción de arbitrabilidad podría ser útil para decidir si los alegatos acerca de la ilegalidad de la inversión se deben considerar como un asunto de jurisdicción o de mérito, teniendo en cuenta además el tipo y momento de presentación de tales alegatos.

11. Véase la sección 3.2.1.1 de este artículo.

12. Es importante anotar que la posibilidad de arbitrar una disputa de inversión está sujeta al cumplimiento de los demás requisitos exigidos por el tratado respectivo y, de ser el caso, por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (en adelante, Convenio CIADI o el Convenio).

Adicionalmente, el concepto de arbitrabilidad puede ser relevante no sólo para el tribunal arbitral en el sentido descrito anteriormente, sino también para quienes deciden los recursos de anulación o las solicitudes dirigidas al reconocimiento y ejecución de los laudos.

En este punto es fundamental considerar además la diferencia entre los laudos emitidos bajo el Convenio CIADI y aquellos que no cubre dicho instrumento. Los recursos contra los segundos, al igual que su ejecución, están sujetos al control de las cortes nacionales competentes y a la ley de la sede de arbitraje o del lugar de ejecución. En esta medida y teniendo en cuenta las disposiciones de la Convención de Nueva York y de la Ley Modelo CNUDMI, la inarbitrabilidad del asunto objeto de la disputa sería causal de anulación del laudo o de la denegación de su ejecución¹³. La manera como las cortes interpretarán estas causales permanece incógnita.

De otro lado, en relación con los laudos CIADI,¹⁴ el Artículo 52 del Convenio establece las causales de anulación de un laudo, sin contemplar expresamente entre ellas que 'el asunto de la disputa no sea susceptible de solución por vía de arbitraje'. Sin embargo, pueden surgir cuestiones de arbitrabilidad en el proceso de anulación de un laudo CIADI, en el marco de las causales del artículo 52 (en particular, de la causal relativa al desbordamiento del tribunal en el ejercicio de sus atribuciones).¹⁵ De hecho, en los casos *Patrick Mitchell c. la República Democrática de Congo* (en adelante, *Mitchell c. Congo*) y *Malaysian Historical Salvors SDN BHD and Malasia* (en adelante, *MHS c. Malasia*), se

13. Véase, Convención de Nueva York, 1958, art. V.2.a; CNUDMI, Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, 1985, art. 36.1.b.i. & 34.2.b.i.

14. En este punto es preciso recordar que en 1978 el Consejo Administrativo del CIADI creó el mecanismo complementario que permite realizar un arbitraje con el apoyo administrativo del CIADI y provee un reglamento de arbitraje propio, en aquellos casos que no se encuentran cobijados por el Convenio. Los laudos dictados bajo el mecanismo complementario no se encuentran exentos del escrutinio de las cortes nacionales. Véase, DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2008, pp. 224-225. Para efectos de este artículo, la expresión 'laudo CIADI' se utilizará para hacer referencia a las providencias arbitrales amparadas por el Convenio CIADI.

15. Convenio CIADI, artículo 52(1)(b).

planteó la pregunta sobre el exceso en el ejercicio de las atribuciones del tribunal en razón de la materia arbitrable; particularmente, se discutió en ese contexto la existencia de una definición de inversión más allá de la literalidad de los tratados.¹⁶ Al final del día, la cuestión en dichos casos residía en si la disputa era arbitrable desde el punto de vista de la materia objeto de controversia, es decir, si la disputa concernía a un asunto de inversión.

Finalmente, en la medida en que la ejecución de los laudos CIADI debe darse de manera automática por las cortes nacionales en virtud del artículo 54 del Convenio y, por lo tanto, no está sujeta a las disposiciones de la Convención de Nueva York, la pregunta sobre la incidencia de la noción de arbitrabilidad no parece *prima facie* relevante en relación con estas providencias.

3. ARBITRABILIDAD E ILEGALIDAD

3.1 Arbitraje comercial internacional

En el arbitraje comercial internacional la resolución de los asuntos de corrupción, soborno y otros actos ilegales por medio del arbitraje, que originalmente sufrió fuertes restricciones, ha sido objeto de una evolución que ha llevado a considerar tales materias como arbitrables hoy en día.¹⁷ La renuencia a arbitrar disputas relacionadas con temas de corrupción se encuentra en laudos arbitrales tempranos, tales como la decisión proferida en 1963 por Gunnar Lagergren como árbitro único en un caso CCI.¹⁸ El árbitro Lagergren tuvo que pronunciarse sobre el enfoque que

16. Para los detalles de la discusión sobre estos casos, véase la nota de pie de página No. 41.

17. Por ejemplo, haciendo referencia al derecho suizo, se ha concluido que "[a] pesar de los requisitos del orden público suizo sobre este asunto, parece que los tribunales arbitrales generalmente admiten actualmente la arbitrabilidad de disputas que envuelven alegaciones de corrupción...". Traducción libre. GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, p. 355.

18. Caso CCI No. 1110, Laudo, 1963, en 10 Arb. Int'l 282, 1994.

debía adoptarse frente a la resolución de una disputa en la cual se habían elevado alegaciones serias de soborno.

En este caso, las partes celebraron un contrato mediante el cual la demandada, una empresa británica, se obligaba a pagarle a la demandante, un ingeniero y empresario argentino, un porcentaje del precio de los contratos de suministro de equipos eléctricos que se llegaran a firmar entre la demandada y las autoridades argentinas. Luego de que el primero de tales contratos fuese asignado a la demandada, ésta se rehusó a pagar la comisión acordada con la demandante, quien decidió dar inicio al arbitraje. En su defensa, la demandada alegó que los servicios solicitados a la demandante consistían en ejercer su influencia en las decisiones de los oficiales del gobierno argentino con el fin de que le fueran asignados los contratos. A pesar de que ambas partes estaban de acuerdo en cuanto a que el árbitro único tenía competencia para oír su caso, éste decidió que no tenía jurisdicción al considerar que la disputa se refería a una grave violación de las buenas costumbres y el orden público internacional que no podía ser decidida por un tribunal arbitral. Al respecto, el árbitro sostuvo que *"las partes que se involucran en una empresa de este tipo se deben dar cuenta que han perdido todo derecho a solicitar ayuda al sistema de justicia (cortes nacionales o tribunales arbitrales) para resolver sus disputas."*¹⁹ En su momento, la interpretación que se le dio a esta decisión consistió en que las disputas que involucraran temas de corrupción e ilegalidad no eran susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje.

Sin embargo, la jurisprudencia arbitral ha evolucionado desde el precitado fallo y, en la actualidad, es cada vez más frecuente que los tribunales no se declaren faltos de jurisdicción por tal motivo y decidan sobre disputas comerciales que involucren asuntos de ilegalidad o corrupción. Más aún, la opinión general es que una prohibición de arbitrar controversias que tengan un matiz de ilegalidad sería incompatible con la Convención de Nueva York.²⁰

19. Traducción libre. Caso CCI No. 1110, Laudo, 1994, 10 Arb. Int'l 282 (1994).

Esta tendencia se sustenta además en la doctrina de separabilidad de la cláusula arbitral o compromisoria.²¹ De esta forma, aún cuando el contrato contenido del pacto arbitral estuviere afectado de alguna forma por cuestiones de ilegalidad, o hubiere sido obtenido mediante fraude o corrupción, la cláusula arbitral no se vería afectada por tal circunstancia, en tanto que se la considera independiente.²² El efecto práctico de este enfoque es que el tribunal mantiene su jurisdicción para decidir sobre los alegatos que se relacionen con la ilegalidad del contrato subya-

20. BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer, 2009, pp. 788, 804 & 838.

21. Es preciso anotar que el artículo utiliza el término 'separabilidad' y no 'autonomía' en aras de la precisión, en consideración a que "[e]l principio fundamental que rige a los pactos arbitrales internacionales es el de su autonomía. Sin embargo, debe enfatizarse desde el comienzo que el término tiene un doble sentido. Algunas veces se utiliza en su significado tradicional, que es el que se refiere a la autonomía o separabilidad del pacto arbitral del contrato principal con el que se relaciona. A veces, sin embargo, las cortes, especialmente en Francia, se refieren a la autonomía del pacto arbitral de 'todas las derechas nacionales', que es un concepto completamente diferente...". Traducción libre. GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, §388. La doctrina de separabilidad del acuerdo arbitral corresponde al primero de los conceptos señalados arriba, y consiste en que "...[l]a cláusula compromisoria es autónoma y jurídicamente independiente del contrato principal que la contiene". Traducción libre. Caso CCI No. 8938, Laudo final. En: XXIVa Y.B. Comm. Arb. 174, 176, 1999.

22. El principio de separabilidad del pacto arbitral no es una novedad. Ya en 1918 afirmaba una corte alemana que "...la cláusula arbitral puede tener una existencia independiente, de tal manera que debe aplicar también a decisiones respecto de la validez del contrato principal...". Traducción libre, OBERLANDESGERICHT MARIENWERDER, Sentencia, 12 de diciembre de 1918. En: *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht* 501. Más explícitamente, la Corte de Casación francesa afirmaba en 1963 que "...[e]n temas de arbitraje internacional, el pacto arbitral, concluido separadamente o incluido en el acto jurídico con el que se relaciona, siempre tiene, salvo en circunstancias excepcionales, una completa autonomía jurídica, que excluye que pueda ser afectado por la eventual invalidez de tal acto...". Traducción libre. COUR DE CASSATION, *En Raymond Gasset v. Carapelli*, 1963. Asimismo, en 1967, la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos decla que "...salvo donde las partes pretenden lo contrario... los pactos arbitrales son 'separables' de los contratos a los que están incorporados...". U.S. SUPREME COURT OF JUSTICE, *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395, 1967. De manera similar, el Tribunal Federal Suizo ha establecido que "...el pacto arbitral no puede ser atacado porque el contrato principal no es válido... En consecuencia, el derecho suizo reconoce el principio de autonomía del pacto arbitral, un principio adoptado en la jurisprudencia por cuarenta décadas... y universalmente aceptado en Europa Occidental y en los Estados Unidos, bajo los conceptos de 'severability' o 'separability'...". Traducción libre. TRIBUNAL FEDERAL SUIZO, *National Power Corp. v. Westinghouse*, 1993. Asimismo, en *Bremer Vulkan*, la Cámara de los Lores británica aseveró: "...[e]l pacto arbitral constituye un contrato autocontenido colateral o complementario del [contrato subyacente]...". HOUSE OF LORDS, *Bremer Vulkan Schiffbau und Maschinenfabrik v. South India Shipping Corp. Ltd.*, 1981. En: A.C. 909, 980. La Corte de Apelaciones de Inglaterra ha sostenido la misma posición; en efecto, en 1992, dicha corporación afirmaba: "...[u]n reconocimiento pleno del principio de separabilidad tiende a facilitar el comercio internacional...". ENGLISH COURT OF APPEAL, *Harbour Assurance Co. v. Kansa General International Insurance Co.* En: 3 All E.R. 897, 1992. Basten estos ejemplos para mostrar que el principio ha tenido una indiscutible acogida en la jurisprudencia.

cente y que hacen parte de la discusión de fondo del caso.²³ Cabe anotar que las cortes nacionales conservan el control sobre los asuntos relacionados con alegatos de ilegalidad en la etapa de anulación y ejecución del laudo, debido a que están facultadas para determinar si los contratos o transacciones afectados por la ilegalidad, son contrarios al orden público.²⁴

Finalmente, resulta relevante considerar la pregunta sobre las facultades del tribunal arbitral para abordar los temas de ilegalidad cuando éstos, aunque no han sido planteados por las partes, se hacen patentes en el curso del proceso. Algunos argumentan que un tribunal arbitral tiene el deber y la responsabilidad de exponer y resolver dichos temas de acuerdo con la ley aplicable *sua sponte*; otros sostienen que, al iniciar su propia investigación sobre asuntos que no han sido expuestos por las partes, el tribunal arbitral corre el riesgo de exceder los límites de su jurisdicción.²⁵ Además, el tribunal debe enfrentar otras

23. Algunos autores señalan que la cuestión de arbitrabilidad no afecta la validez del pacto arbitral y que, por lo tanto, no genera efecto alguno sobre la jurisdicción del tribunal, más bien, influye sobre la ejecutabilidad de las pretensiones. Véase, YOUSEFF, Karim, "Part I. Fundamental Observations and Applicable Law: Chapter 3 - The Death of Inarbitrability", en: MISTELIS, Loukas A. y BREKOU-LAKIS, Stavros L. (Eds), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, 2009, pp. 1-18, pág. 3-23.

24. Véase *Soc. European Gas Turbines S.A. v. Soc. Westman internacional Ltd.*, donde la Corte de Apelaciones de París anuló un laudo arbitral considerando que su ejecución constituiría una violación del orden público internacional. Durante el arbitraje, Westman reportó de manera fraudulenta los gastos que alegó como pruebas del cumplimiento de sus obligaciones contractuales con EGT. Este último alegó que ejecutar un laudo arbitral basado parcialmente en un reporte de gastos fraudulentos sería semejante a validar la comisión de un fraude. La Corte de Apelaciones de París acogió los argumentos de EGT y anuló las secciones del laudo que se encontraban afectadas por el fraude de Westman, de conformidad con el principio legal de *fraus omnia corrumpit*. Véase: CORTE DE APELACIONES DE PARÍS, *Soc. European Gas Turbines S.A. v. Soc. Westman internacional Ltd.* En: *Revue*, Vol. 83, 1994.

Adicionalmente, EGT buscó la anulación del fallo alegando que el objeto real del contrato era ilícito al comprender el tráfico de influencias. La Corte de Apelaciones desechó esta demanda, estimando que no había prueba suficiente de que el contrato hubiera sido obtenido de manera ilícita. CORTE DE APELACIONES DE PARÍS, *Soc. European Gas Turbines S.A. v. Soc. Westman internacional Ltd.* En: *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XX, Kluwer Law International, 1995, pp. 198-207.

25. En ese sentido, RICHARD KREINDLER ha afirmado: "...[e]stá el árbitro atrapado entre la espada y la pared al iniciar su propia verificación de la ilegalidad sospechada, a pesar de que las partes no han alegado la ilegalidad? El no involucrarse en tal investigación por su cuenta puede hacer que el árbitro pase a ser "cómplice" en un contrato contrario a la moralidad pública, o que profiera un laudo que viole el orden público. Iniciar su propia investigación, por otro lado, y en particular formular sus propias conclusiones acerca de dicha ilegalidad en su laudo, puede constituir una incursión no permisible en una disputa "no contemplada o no incluida dentro de los términos de la demanda arbitral, o tentativa de decisiones sobre asuntos más allá del ámbito de la demanda arbitral..."

dificultades relacionadas con la recolección de la evidencia que pruebe la ilegalidad, la definición de los estándares de valoración de dicha prueba y, finalmente, la consecuencia jurídica de la ilegalidad, en caso de que ésta sea acreditada en el proceso.²⁶

3.2 Arbitraje de inversión

En general, los asuntos relacionados con ilegalidad y corrupción surgen en el arbitraje de inversión de forma diferente. El perfeccionamiento del consentimiento en esta clase de arbitraje es una transacción no simultánea, que supone manifestaciones independientes de consentimiento por parte del Estado demandado y del inversionista demandante. No existe una cláusula arbitral en el sentido clásico del término. Por lo tanto, el principio de separabilidad no sería aplicable y el tema de arbitrabilidad se debe plantear de forma diferente.

Algunos autores han argumentado que, de la misma forma en que la cláusula arbitral se puede separar del contrato en un arbitraje comercial de manera tal que no se verá afectada por la suerte de éste, el tratado constituye la base independiente de consentimiento para someter una disputa de inversión a arbitraje, diferente del contrato a través del cual se canalizó la inversión. Así, las cuestiones de ilegalidad y corrupción que afecten a este último, no tendrían impacto alguno sobre el instrumento internacional. En ese sentido, se ha observado que:

“La misma conclusión debería alcanzarse en relación con arbitrajes basados en tratados. El caso sería aquel en el que el contrato de inversión que dé lugar a un arbitraje bajo un TBI o CIADI, haya sido obtenido mediante la corrupción del

Traducción libre. KREINDLER, RICHARD, *Aspects of Illegality in the Formation and Performance of Contracts*. En: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.), *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, Kluwer Law International, 2003, pp. 236-237.

26. Cabe anotar que esta preocupación no es exclusiva del arbitraje comercial haciéndose extensiva al arbitraje de inversión, cuyos matices públicos característicos suponen la necesidad de tomar en cuenta consideraciones adicionales.

representante del Estado o de una entidad pública. En tales casos, la corrupción alegada no puede afectar la validez del tratado en el que se funda el consentimiento para arbitrar, y la consecuencia será nuevamente la inadmisibilidad de las pretensiones del inversionista.”²⁷

Este enfoque parece haber sido el adoptado por el tribunal en *Plama c. Bulgaria*, en su decisión sobre jurisdicción, donde afirmó:

“En cualquier caso, el Tribunal señala que los cargos de falsedad [misrepresentation] no están dirigidos específicamente contra el pacto arbitral de las partes, contenido en el artículo 26 del ECT. La falsedad alegada se refiere a la transacción relativa a la venta de las acciones de Nova Plama por EEH a PCL, y a la aprobación de ésta dada por Bulgaria en el Acuerdo de Privatización, entre otros. No es en estos documentos donde el pacto arbitral aparece. El acuerdo de Bulgaria para arbitrar se encuentra en el ECT, un tratado multilateral, un documento completamente separado. El demandado no ha alegado que la aparente falsedad del demandante generó la nulidad del ECT o su consentimiento para arbitrar, contenido en el ECT. Así, las disposiciones del ECT, incluyendo el artículo 26, no sólo son autónomas y separables de la Parte III de ese tratado, sino que son independientes de la totalidad de la transacción relativa a Nova Plama; de ahí que, aún si el acuerdo de las partes acerca de la compra de Nova Plama es aparentemente inválido a causa de la falsedad del demandante, el pacto arbitral continúa siendo efectivo.”²⁸

Sin embargo, este enfoque no refleja la realidad del consentimiento necesario para dar lugar a un arbitraje de inversión, ni determina cómo la ilegalidad puede afectar la arbitrabilidad de

27. Traducción libre. MOURRE, Alexis, “Part II. Substantive Rules on Arbitrability. Chapter II – Arbitration and Criminal Law: Jurisdiction, Arbitrability and Duties of the Arbitral Tribunal”, en in MISTELIS, Loukas A. y BREKOULAKIS, Stavros L. (Eds), *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International, 2009, p. 213, párr. 11-13.

28. Traducción libre. *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión de Jurisdicción, 8 de febrero de 2005, pág. 130.

ciertos asuntos, generando una restricción a la jurisdicción del tribunal arbitral *ratione materiae*. El tratado no es un acuerdo para arbitrar que pueda separarse de la transacción realizada por las partes en el arbitraje: las partes del tratado son diferentes de aquellas que suscriben el contrato. La pregunta no se relaciona entonces con la validez del pacto arbitral, sino con el alcance del consentimiento otorgado por el Estado y los límites de la noción de inversión.

Aunque la pregunta sobre la existencia de una inversión afectada por cuestiones de falsedad y fraude fue formulada por el estado demandado en el caso *Plama c. Bulgaria*,²⁹ debido al momento en que se presentó tal pretensión, el tribunal decidió tratar los alegatos sobre la supuesta falsedad en las declaraciones hechas por el inversionista al Estado receptor, durante la etapa de mérito. En consecuencia, los árbitros afirmaron que tenían jurisdicción en los términos anteriormente citados.³⁰ El tribunal encontró posteriormente que los alegatos sobre la falsedad y el fraude eran de recibo y, por consiguiente, la inversión no se encontraba protegida por el tratado, por contrariar no sólo legislación interna de Bulgaria sino –especialmente– algunos principios del derecho internacional, tales como la buena fe, los principios *nemo auditor propriam turpitudinem allegans* y *ex turpi causa* así como la noción de orden público internacional.

Es importante anotar que en este caso el tratado relevante, la Carta de la Energía, no disponía expresamente que la inversión debiera cumplir con la legislación del Estado receptor para ser considerada como tal. Esto puede explicar la dificultad con que

29. En el caso, "el demandado afirmaba, en la audiencia de septiembre, que no había una 'inversión' bajo el artículo 1(6) ECT, porque el demandante había incurrido materialmente en falsedad [misrepresentation], o se había abstenido dolosamente de dar a conocer la verdadera propiedad del demandante a las autoridades búlgaras, en violación de la ley búlgara. En consecuencia, el consentimiento de la Agencia de Privatización de Bulgaria para la compra de las acciones de Nova Plama por el demandante, era nulo ante el derecho búlgaro; de ahí que el demandante nunca hubiera hecho una inversión válida". *Plama Consortium Limited c. Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión de Jurisdicción, 8 de febrero de 2005, pág. 126.

30. De hecho, no fue sino hasta la audiencia sobre jurisdicción que Bulgaria elevó su pretensión sobre falsedad [misrepresentation], cuando la evidencia presentada al tribunal incluía elementos suficientes para hacer tal afirmación.

se encontró el tribunal para decidir sobre la pretensión de Bulgaria en la etapa de jurisdicción, entrándola a considerar como una cuestión de arbitrabilidad, esto es, de la materia que puede ser objeto de arbitraje por encontrarse dentro del ámbito de la definición de inversión.

La posibilidad de que los argumentos sobre ilegalidad de la inversión puedan afectar la jurisdicción de un tribunal arbitral dependerá también de la parte que presente el alegato: el inversionista planteará generalmente el asunto como una violación a la obligación de protección del Estado bajo el tratado; por su parte, el Estado la elevará como una objeción a la jurisdicción del tribunal y a las pretensiones del inversionista demandante.

Si el inversionista da inicio al proceso arbitral alegando la violación de las obligaciones del tratado de inversión argumentando que el Estado demandado incurrió en actos ilegales –como fraude o corrupción– en relación con la inversión, no habrá duda alguna acerca de la jurisdicción del tribunal, a menos que el Estado plantee una objeción relacionada con la ‘arbitrabilidad’, arguyendo que la disputa no es arbitrable por no existir una inversión o, habiéndola, porque ésta no cumple con las condiciones adicionales establecidas en el tratado de inversión por adolecer de una ilegalidad.

En realidad, la naturaleza flexible de las protecciones otorgadas por los tratados de inversión ha permitido a los inversionistas presentar reclamos bajo estándares diferentes por violaciones del tratado. Hasta ahora ningún tribunal ha proferido un fallo de fondo sobre dichos reclamos, ya sea porque no se ha encontrado evidencia suficiente que sustente dichas demandas³¹

31. Véase por ejemplo el caso *Bayindir c. Turquía* en el que el tribunal, después de revisar numerosos documentos que aparentemente demostraban la intención de favorecer a los contratantes locales, encontró que "...en el expediente no hay fundamento para el alegato de corrupción [presentado por] Bayindir en el proceso de licitación...". Traducción libre. *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. c. Pakistán*, Caso CIADI No. ARB/03/29, Lausán, 27 de agosto de 2009, pág. 300. En el caso de *Methanex v. USA*, el inversionista alegó que el principal productor estadounidense de alcohol, Archer-Daniels-Midland (ADM), influyó ilícitamente al Estado de California en la decisión de prohibir el uso de MTBE -un aditivo para la gasolina- en detrimento de Methanex. En par-

o porque los demandantes de algún modo han desistido de sus pretensiones.³²

Sin embargo, los tribunales han indicado que, de ser comprobada, la corrupción constituiría una violación de las protecciones otorgadas por el tratado y del derecho internacional público en general.³³ Los tribunales también han destacado la importancia que pueden tener este tipo de alegatos en la evaluación general del caso y han abordado el tema de las atribuciones

particular, se afirmó que el gobernador Gray Davis recibió dinero de ADM para su campaña y se reunió en secreto con ejecutivos de dicha compañía. El Tribunal encontró que "... (i) el gobernador de California, señor Gray Davis... profirió la Orden Ejecutiva D-4-99 sin intención alguna de perjudicar el metanol o a Methanex, y sin ninguna intención de favorecer el etanol o a ADM, contrario a los alegatos de Methanex; y (ii) no hay evidencia creíble de que el señor Davies, como gobernador de California, o California, pretendieran favorecer posteriormente la industria de etanol (o industrias particulares del sector, incluyendo a ADM) o causar daño a los productores extranjeros de metanol (incluyendo a Methanex), contrario a los alegatos de Methanex...". Traducción libre, *Methanex Corporation v. United States of America*, Laudo final de jurisdicción y fondo CNUDMI (NAFTA), 3 de agosto de 2005, Parte III, Cap. B, pág. 60.

32. Por ejemplo, en *F-W Oil Interest (FIWO) v. Trinidad & Tobago (T&T)*, el tribunal no entró a examinar el fondo de los alegatos de corrupción contra el demandante, afirmando que: "...lo que en la solicitud de arbitraje parecía ser un caso sobre un incumplimiento contractual se transformó, con la presentación del Memorial, en un caso que gira en torno a serios alegatos de corrupción contra altos funcionarios del Estado demandado... Afortunadamente no hay necesidad de recordar aquí el fondo de ninguno de estos alegatos, en vista de la manera como el caso finalmente se desarrolló. El tribunal está obligado simplemente a indicar cómo una parte sustancial del caso, tal como fue alegado, así como de la evidencia que le fue presentada, giraban en torno de estos alegatos antes de que fueran, en efecto, abandonados por el demandante y no persistidos por el demandado... una vez que las partes abandonaron dichos alegatos, dejó de haber cualquier razón para que el tribunal se pronunciara sobre ellos, y existían todas las razones para no hacerlo... no es parte de la función de un tribunal como éste, hacer juicios morales sobre el comportamiento de una u otra parte, o inclusive ambas partes, sino simplemente decidir sobre la validez de las pretensiones elevadas, y sobre sus consecuencias jurídicas. No debemos, sin embargo, dejar el asunto simplemente ahí, sin dejar claro que este tribunal (como, unánimes, cualquier tribunal CIADI), debe tomar la más seria consideración de los alegatos de corrupción -si son soportados por evidencia adecuada. Esto no ocurre simplemente por los efectos potenciales de tales alegatos sobre las personas involucradas, sino también por el nefasto y pernicioso efecto que la corrupción ha demostrado tener sobre el desarrollo económico (notablemente en países en vías de desarrollo), y el desarrollo económico es finalmente el propósito para cuya consecución fueron creados los tratados bilaterales de inversión y el Banco Mundial mismo. Se sigue que, si se han hecho alegatos de corrupción, y se ha probado que están debidamente fundamentados, tendrían que tener el más sustancial efecto sobre la visión del caso adoptada por el tribunal...". Traducción libre, *F-W Oil Interest Inc. v. República de Trinidad y Tobago*, Caso CIADI No. ARB/01/14, Laudo, 3 de marzo de 2006, pág. 210-212.

33. Aunque el tribunal encontró que la falta de evidencia clara y convincente le impedia abordar los méritos de la demanda presentada por EDF, los árbitros establecieron que "...una solicitud de soborno por parte de una agencia estatal es una violación de la obligación de trato justo y equitativo, debida al demandante bajo el TBI, así como una infracción al orden público internacional" y que "ejercer la discreción de un Estado sobre la base de la corrupción es un [...] incumplimiento esencial de la transparencia y las expectativas legítimas...". Traducción libre, *EDF (Services) Limited v. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre de 2009, pág. 221.

de los árbitros –en especial de los comités de anulación *ad hoc*³⁴– para decidir sobre los alegatos de corrupción que el demandante no haya expuesto ante el tribunal original.

Es preciso anotar que, en general, los tribunales no se han abstenido de considerar estos temas en razón de la naturaleza de la ilegalidad de los reclamos, ni se han declarado faltos de jurisdicción para decidir sobre los mismos.

Así las cosas, para que los alegatos de ilegalidad, fraude y corrupción afecten la jurisdicción del tribunal, éstos deberán ser presentados por el Estado demandado como defensa durante la etapa jurisdiccional. Para ello, será necesario vincularlos con la definición de inversión y el cumplimiento de las condiciones adicionales relativas a la inversión contenidas en el tratado. Es esta defensa la que puede ser planteada en términos de arbitrabilidad en el contexto del arbitraje de inversión.

3.2.1 *Las defensas presentadas por el Estado para objetar la jurisdicción del tribunal arbitral relacionadas con la ilegalidad de la inversión*

La definición de inversión ha sido utilizada frecuentemente por los Estados para controvertir la jurisdicción de los tribunales arbitrales, particularmente a partir de alegatos de ilegalidad, fraude y corrupción.³⁵ De conformidad con la noción de arbitrabilidad *ratione materiae* que acoge el presente artículo, estas cuestiones actuarían entonces como restricciones a la posibilidad de que ciertas disputas sean resueltas mediante arbitraje, limitando en consecuencia la jurisdicción del tribunal.

34. En el caso *RSM v. Granada*, la manera en que el demandante presentó su caso y, posteriormente, su solicitud de anulación ante el Comité *Ad Hoc*, impidió al tribunal inicial pronunciarse sobre los alegatos de corrupción y dio lugar a planteamientos interesantes acerca de los poderes de los comités de anulación para decidir sobre temas de hecho y derecho no sometidos al tribunal original. *RSM Production Corporation v. Granada*, Caso CIADI No. ARB/05/14, Decisión sobre la solicitud de RSM de un fallo preliminar, 29 de octubre de 2009.

35. Es preciso anotar que el análisis se enfoca en los tratados de inversión y no entra a discutir las definiciones provistas por las leyes nacionales de inversión.

Así, como se anunció anteriormente, la arbitrabilidad de una disputa en el marco del sistema de protección internacional de inversiones depende básicamente de dos elementos, a saber: (i) la definición de inversión provista por el tratado y, de ser el caso, los criterios jurisprudenciales que delimitan el alcance del concepto; y (ii) los parámetros o condiciones adicionales que establezcan los tratados de inversión, leyes o contratos relevantes.

3.2.1.1 LA DEFINICIÓN DE INVERSIÓN EN LOS TRATADOS Y LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

Los tratados de inversión

No existe una tendencia unívoca en los tratados de inversión respecto de la definición de 'inversión'. De hecho, algunos contienen una definición restrictiva del término, mientras que otros proveen una descripción más amplia. La primera tendencia se manifiesta especialmente en los tratados de inversión firmados antes de la década de 1990, que tendían a definir la noción de inversión vinculando el concepto a la noción de capital o al establecimiento de una empresa local.³⁶ Los tratados de inversión más recientes, incluyendo a aquellos basados en el modelo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y los modelos estadounidenses, han adoptado una definición amplia de 'inversión', perspectiva que puede manifestarse de al menos tres maneras diferentes.

Primero, una definición general, como sería el caso del TBI celebrado entre Ecuador y el Reino Unido, que define inversión como 'cualquier clase de activo' y provee una lista de ejemplos no taxativos de lo que podría constituir una inversión.³⁷

36. RUBINS, Noah. *The Notion of 'Investment' in International Investment Arbitration*, en: HORN, Norbert y KRÖLL, Stephan, *Arbitrating Foreign Investment Disputes*, 2004, p. 291.

37. Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno del Ecuador para la promoción y protección de las inversiones, 10 de mayo de 1994. Otro ejemplo es el

Segundo, una lista taxativa de actividades económicas que podrían ser consideradas como inversiones. Ejemplos de este enfoque son el tratado de inversión Canadá-Chile y el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que además contiene un listado de actividades que no se consideran inversiones.³⁸

Tercero, a través de una definición amplia de carácter general, combinada con una lista ilustrativa de actividades que pueden constituir una inversión; esta posibilidad fue seguida en tratados tales como el tratado de libre comercio entre Estados Unidos y Singapur.³⁹

Criterios jurisprudenciales

Como resultado de la ausencia de definición de inversión en el Convenio CIADI, parte de la doctrina y de la jurisprudencia han considerado que dicho vocablo, en el contexto del sistema CIADI, designa aquellas actividades que cumplen una serie de condiciones, que a su vez fueron enunciadas en el laudo del caso *Salini c. Marruecos* (que suelen conocerse como el 'Test Salini'), a saber: (i) una contribución en dinero u otros activos susceptibles de valoración económica; (ii) cierta duración; (iii) un elemento de riesgo, y (iv) una contribución al desarrollo del Estado receptor de la inversión.⁴⁰

La pregunta sobre si estas condiciones son necesarias o contingentes para efectos de determinar la existencia de una inversión ha sido materia de discusión en varias decisiones de anulación.⁴¹ Por otra parte, estas condiciones fueron posteriormente

tratado de protección de inversiones de la Asociación de Naciones del Este de Asia (ASEAN, por sus siglas en inglés).

38. Tratado de libre comercio entre Chile-Canadá, 6 de febrero de 1997, artículo. G-40; TLCAN, artículo 1139.

39. Tratado de libre comercio entre Estados Unidos y Singapur ('USSFTA' por sus siglas en inglés), 6 de mayo de 2003, artículo 15.1 (13).

40. *Salini Costruttori SpA & Anor c. Kingdom of Morocco*, Caso CIADI No ARB/00/4, Laudo de Jurisdicción, 23 de julio de 2001, p. 52.

analizadas y modificadas por el tribunal del caso *Phoenix c. República Checa*, que consideró que ciertos principios generales

41. Los casos *Mitchell c. Congo* y *MHS c. Malasia*, resultan ilustrativos. Así, en el procedimiento de anulación del caso *Mitchell c. Congo*, el Comité *ad hoc* decidió anular el laudo arbitral proferido el 4 de abril de 2004, "...por el manifiesto exceso de poder y la ausencia de motivación... en la decisión del Tribunal Arbitral de aceptar su jurisdicción sobre la base de la existencia de una inversión, según la noción [de inversión] de la Convención de Washington; tal anulación aplica al laudo en su conjunto, en virtud del artículo 52(3) de la Convención". Traducción libre. *Patrick Mitchell c. la República Democrática de Congo*, Caso CIADI No. ARB/99/7, Decisión de Anulación del Laudo, 1 de noviembre 2006, pág. 67. En este caso, la Demandada alegó que: (i) la actividad adelantada por *Mitchell & Associates* no constituía una inversión dado que, por su naturaleza, no contribuía al desarrollo económico y social del Estado receptor; (ii) la asesoría legal prestada por *Mitchell & Associates* no constituía una actividad comercial bajo los términos del tratado de inversión; (iii) la noción de *servicio* utilizada por el tratado debía entenderse como una actividad comercial o económica relacionada con inversiones, lo que excluiría la consideración de la consultoría jurídica como *servicio*; y (iv) la actividad en cuestión no cumplía con los requisitos objetivos de una inversión, en tanto que no era una operación a largo plazo, no se había materializado por medio de una contribución significativa de recursos y no tenía una relevancia suficiente para la economía del país, que permitiera distinguirla de una transacción comercial ordinaria. *Patrick Mitchell c. la República Democrática de Congo*, Caso CIADI No. ARB/99/7, Decisión de Anulación del Laudo, 1 de noviembre 2006, pág. 23. El Comité *Ad Hoc* afirmó que "es necesario verificar la conformidad del concepto de inversión establecido en el acuerdo de las partes o en el TBI, con el concepto de inversión en la Convención de Washington... ese concepto de inversión debe prevalecer sobre cualquier otra 'definición' de inversión en el acuerdo de las partes o en el TBI, ya que es obvio que los especiales y privilegiados arreglos establecidos por la Convención de Washington sólo puede aplicarse al tipo de inversión que prevalece los Estados contratantes...". Traducción libre. *Patrick Mitchell c. la República Democrática de Congo*, Caso CIADI No. ARB/99/7, Decisión de Anulación del Laudo, 1 de noviembre 2006, pág. 25. Hecha esta afirmación, el Comité *ad hoc* consideró la existencia de una definición de inversión en el contexto CIADI, cuyos elementos constitutivos conforman un presupuesto necesario para la configuración de una inversión susceptible de dar lugar a un arbitraje bajo el tratado. Los elementos en cuestión fueron: (i) el compromiso del inversionista (financiero o a través de trabajo); (ii) la duración del proyecto; (iii) el riesgo económico relacionado con el proyecto (la falta de certeza sobre su éxito); y (iv) la contribución al desarrollo económico del Estado receptor. El Comité *ad hoc* se enfocó en el último elemento, calificándolo como *esencial*. Véase: *Patrick Mitchell c. la República Democrática de Congo*, Decisión de Anulación del Laudo, Caso CIADI No. ARB/99/7, 1 de noviembre 2006, pág. 27. Nótese que en este caso se establece la prevalencia de una definición de 'inversión' propia de la Convención de Washington, prevalente sobre la que estableció un tratado de inversión en particular. En contraste, en el caso *MHS c. Malasia* el Comité *ad hoc* encontró que, al declinar su jurisdicción, el Árbitro Único no había justificado suficientemente si el contrato de rescate marino concluido entre el Gobierno de Malasia y *Malaysian Historical Salvors* era una inversión. En ese sentido, afirmó: "...por los términos del Acuerdo y por sus fines, el Contrato es una inversión. El Árbitro Único no llegó a otra conclusión respecto del Acuerdo. Más bien, eligió examinar, virtualmente de manera exclusiva, el asunto de si había una inversión bajo el artículo 25 del Convenio CIADI. Encontrando que no la había, decidió que 'es innecesario discutir si el Contrato es una 'inversión' bajo el TBI'. Sin embargo, el Árbitro Único observó que 'aunque el contrato provee cierto beneficio a Malasia', no había 'una contribución suficiente al desarrollo económico de Malasia para calificar como una 'inversión' para efectos del artículo 25(1) o el artículo 1(a) del TBI'. El [Árbitro Único] presentó un extenso análisis en soporte de su conclusión respecto del Convenio CIADI, pero ninguno respecto de su conclusión acerca del TBI. El Comité no ha podido ver qué fundamento pudo haber presentado el Árbitro Único para sostener la conclusión de que el Contrato y su implementación no constituyen una inversión, según la noción prevista por dicho Acuerdo. Por el contrario... es claro que el contrato y su ejecución por *Salvor* constituyen una inversión, según se define dicho vocablo en el Acuerdo". Traducción libre. *Malaysian Historical Salvors SDN BHD c. M.* Caso CIADI No. ARB/05/10, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 16 de abril de 2009, pág. 61.

limitarían la noción de inversión y, en esa medida, los asuntos susceptibles de ser resueltos mediante arbitraje CIADI.

En efecto, en *Phoenix c. República Checa*, el tribunal se declaró falto de jurisdicción, afirmando que la adquisición de dos empresas checas por la demandante no constituía una inversión bajo el tratado suscrito entre Israel y la República Checa, ni bajo el Convenio CIADI.⁴² Teniendo en cuenta el acervo probatorio y la conducta de la demandante, el tribunal aseveró: "...[e]l Tribunal ha concluido que el inicio e intento de este arbitraje es un abuso del régimen de protección internacional de inversiones bajo el TBI y, consecuentemente, del Convenio CIADI..."⁴³.

En el caso bajo consideración, los árbitros comenzaron por reconocer que la determinación de su jurisdicción requería examinar tanto la definición de inversión provista por el Convenio CIADI, como la contenida en el TBI.⁴⁴ Asimismo, explicaron que la interpretación de ambos instrumentos se encuentra regida por el derecho internacional, incluyendo las reglas de interpretación de la Convención de Viena de 1969 y los principios generales del derecho internacional.⁴⁵

Luego de analizar la historia de la elaboración del Convenio CIADI en detalle y el Informe de los Directores Ejecutivos del Banco, el Comité *ad hoc* consideró que "...el hecho de que el Arbitro Único dejara de considerar, por no mencionar su aplicación, la definición de inversión provista por el Acuerdo [es] un grave error que dio lugar a una falta manifiesta al ejercicio de jurisdicción...". Finalmente, concluyó: "...la causal de anulación establecida en el artículo 52(1)(b) del Convenio CIADI especifica que 'el Tribunal ha excedido manifiestamente sus poderes'. Se concluye que el Tribunal excedió sus poderes al dejar de ejercer la jurisdicción con que fue dotado por los términos del Acuerdo y la Convención, y que lo hizo de manera 'manifiesta'...". Traducción libre. *Malaysian Historical Salvors SDN BHD c. Malaysia*, Caso CIADI No. ARB/05/10, Decisión sobre Solicitud de Anulación, 16 de abril de 2009, pár. 74 & 80. Así pues, en el caso anterior se reconoce una importancia particular a la definición de inversión contenida el tratado de inversión, más allá de la noción que pudiere construirse en el marco del Convenio CIADI.

42. *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril 2009, pár. 121 -122.

43. Traducción libre. *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril 2009, pár. 151.

44. *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril 2009, pár. 73, ss.

45. *Phoenix Action, Ltd. c. Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril 2009, pár. 75.

Basándose en este análisis inicial, el tribunal pasó a estudiar el concepto de inversión bajo el Convenio CIADI. Al respecto, recordó que la ausencia de una definición de 'inversión' en dicho instrumento, hace necesario recurrir a los criterios desarrollados por la jurisprudencia en el pasado. En ese orden de ideas, recurrió al 'Test Salini', para determinar si en efecto existía una inversión. Sin embargo, al entrar a considerar el cuarto criterio (contribución al desarrollo del estado receptor), el tribunal se manifestó a favor de adoptar un enfoque menos ambicioso, reduciendo el requisito a la presencia de una contribución a la economía del Estado receptor.⁴⁶

Posteriormente, los árbitros buscaron una interpretación adecuada de 'inversión' para el contexto del Convenio CIADI y del TBI, a la luz de los principios del derecho internacional. Sobre esta base, se determinó que el propósito del mecanismo de protección internacional de inversiones no era salvaguardar actividades contrarias a las leyes del Estado receptor o realizadas de mala fe. Es así como el Tribunal de Phoenix agregó dos criterios adicionales a aquellos enunciados en *Salini c. Marruecos*, a saber: (i) que la inversión se realice de conformidad con las normas del Estado receptor, y (ii) que la inversión sea *bona fide*.⁴⁷

Respecto del primero, los árbitros concluyeron que, aun cuando el tratado de inversión no condicione la protección de la inversión a su conformidad con el derecho nacional de manera explícita, este requisito se encuentra implícito; así, las protecciones otorgadas a la inversión se pierden cuando ésta ha sido efectuada de manera contraria a las leyes del Estado receptor. En tal caso, el tribunal podrá declararse falto de jurisdicción.⁴⁸

46. *Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril 2009, pár. 85 & 93-95.

47. Esta conclusión es resumida explícitamente por el propio tribunal. Véase: *Phoenix Action, Ltd. v. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril 2009, pár. 114.

48. *Phoenix Action, Ltd. v. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril 2009, pár. 104.

En cuanto al criterio adicional de buena fe, el tribunal manifestó que las partes "...deben actuar de manera honesta y justa entre ellas, representar sus motivos e intenciones sinceramente, y abstenerse de tomar ventaja injustamente...".⁴⁹ Se explicó que la precitada regla había sido reconocida en el pasado en otros casos CIADI; particularmente, la decisión se fundamentó en los casos *Inceysa c. El Salvador* y *Plama c. Bulgaria*.⁵⁰ El tribunal de *Phoenix* resaltó que su tarea era prevenir un abuso del sistema de protección de inversiones bajo el Convenio CIADI, asegurando el cumplimiento del principio de buena fe por las partes.⁵¹

A partir de los casos anteriores, se puede apreciar cómo los criterios jurisprudenciales, incluyendo el conjunto de condiciones ampliado de Salini, pueden así actuar como limitantes de la materia arbitrable. Particularmente, las condiciones introducidas por el tribunal del caso *Phoenix* resultan relevantes para la formulación de objeciones a la jurisdicción del tribunal bajo argumentos de ilegalidad, fraude y corrupción.

Por otra parte, existe controversia sobre la existencia de una única noción de inversión aplicable en el sistema CIADI y fuera de él, como sería el caso de los arbitrajes de inversión bajo las reglas de la CNUDMI o la CCI. De acuerdo con algún sector de la doctrina, en tales arbitrajes no parece necesario construir una noción de inversión más allá de la provista por el tratado. Así, una disputa que no sería arbitrable ante un tribunal CIADI podría llegar a serlo ante un tribunal CNUDMI o CCI.⁵²

Pues bien, el tribunal del caso *Romak c. Uzbekistán*, se pronunció recientemente en contra de esta posición, señalando que:

49. Traducción libre: *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril 2009, p. 107.

50. Véase, *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril 2009, p. 112.

51. *Phoenix Action, Ltd. c. República Checa*, Caso CIADI No. ARB/06/5, Laudo, 15 de abril 2009, p. 106-113.

52. Véase, por ejemplo, DUGAN, Christophe, et. al., *Investor – State Arbitration*, Oxford University Press, 2008, p. 259.

“Romak ha sugerido que la definición del término “inversión” puede variar dependiendo de la elección entre arbitraje UNCITRAL o CIADI por parte del inversionista; también ha sugerido que la definición de “inversión” en procedimientos UNCITRAL (es decir, bajo el TBI solo) es más amplia que en el arbitraje CIADI. El tribunal arbitral no comparte esta opinión, que podría llevar a resultados “irrazonables”. Esta perspectiva implicaría que la protección sustantiva ofrecida por el TBI sería restringida o ampliada, según sea el caso, meramente en virtud de una elección entre los diversos mecanismos de resolución de disputas previstos por el tratado. Esto sería tanto absurdo como irrazonable. Naturalmente, existen restricciones jurisdiccionales específicas, impuestas por el Convenio CIADI, como por ejemplo la limitación respecto de personas naturales que tienen doble nacionalidad o a la existencia de una “diferencia de naturaleza jurídica”. Empero, dichas restricciones no afectan la definición de “inversión”.⁵³

Aceptar que la noción de inversión varía de acuerdo con las reglas de procedimiento aplicables⁵⁴ también supondría afirmar que las cuestiones de arbitrabilidad se encontrarían sujetas a dichas reglas.

3.2.1.2 CONDICIONES ADICIONALES

Además de la definición misma de inversión, los TBIs incluyen condiciones adicionales para que una inversión sea considerada como tal bajo el tratado. Con la proliferación de casos relacionados con ilegalidad, fraude y corrupción, estas condiciones –que incluyen la exigencia de respeto a las leyes del estado

53. Traducción libre. *Romak S.A. v. República de Uzbekistán*, Laudo UNCITRAL, 26 de noviembre de 2009, párr. 193-194.

54. En relación con esta discusión, véase: SILVA-ROMERO, Eduardo, “Por un regreso al sentido ordinario de la palabra ‘inversión’”, en: *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 2009, p. 227. “Es aún más absurdo que se sostenga, explícita o implícitamente, que la noción de ‘inversión’ depende del mecanismo de resolución de litigios previsto en el TBI escogido por el inversionista. No parece, en efecto, lógico que una misma operación económica realizada, por ejemplo, en territorio ecuatoriano pueda ser calificada de ‘inversión’ por un tribunal CNUDMI y no lo sea por un tribunal arbitral CIADI.”

receptor- vienen siendo consideradas más frecuentemente por los Estados como parte integral de los acuerdos internacionales por ellos celebrados. A continuación se analizarán estas condiciones.

Observancia de las leyes del Estado receptor

En ocasiones, la legalidad de la inversión es una condición adicional para su protección, en razón de una disposición del tratado de inversión aplicable, cuya estipulación no resulta inusual hoy en día.⁵⁵

Por ejemplo, en el caso *Fraport c. Filipinas*, el Estado demandado alegó que el tribunal carecía de jurisdicción, en cuanto la inversión del demandante había sido realizada en violación de las leyes de Filipinas.⁵⁶ Esta circunstancia parecía especialmente relevante en sede de jurisdicción, dado que el artículo 1 (1) del TBI entre Filipinas y Alemania dispone que “[e]l término inversión significa cualquier clase de activo aceptado de acuerdo con las leyes y regulaciones respectivas de cualquiera de los Estados contratantes...”⁵⁷.

Como fundamento de estas aseveraciones, el Estado alegó que Fraport había infringido la legislación de control y posesión extranjera -la llamada “Ley Anti Dummy” (ADL, por sus siglas en inglés), que impone ciertos límites a los extranjeros para intervenir en la dirección, administración, control u operación de una compañía de utilidad pública. Asimismo, según Filipinas, el

55. Son varios los laudos relacionados con tratados que exigen la conformidad de la inversión con las leyes del Estado receptor. Por ejemplo, véase: *Tinkios Tokelos vs. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/02/18, Decisión sobre Jurisdicción, 29 de abril de 2004, pr. 17; *Salini Costruttori SpA & Anor c. Reino de Marruecos*, Caso CIADI No. ARB/00/4, Laudo de Jurisdicción, 23 de julio de 2001, par. 45; *Saipom S.p.A. c. República Popular de Bangladesh*, Caso CIADI No. ARB/05/7, Decisión, 21 de marzo de 2007, par. 79, ss.

56. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, 16 de agosto de 2007, par. 4.

57. Traducción libre. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, 16 de agosto de 2007, par. 281.

inversionista buscó –mediante sistemas corporativos y un acuerdo secreto entre los accionistas– evadir el requisito constitucional que exige que la participación extranjera en una empresa de utilidad pública no exceda el 40% del capital.⁵⁸ Por su parte, Fraport discutió los hechos y alegó que, en cualquier caso:

“[D]el objeto y propósito del TBI se deriva que la frase “de acuerdo con las leyes” no significa que las inversiones extranjeras deben cumplir con todos y cada una de las disposiciones del derecho doméstico, so pena de correr el riesgo de perder la protección otorgada por el TBI... Sería en efecto inapropiado e inconsistente con el TBI, privar al inversionista de las protecciones del TBI sobre la base de la infracción al derecho doméstico donde, por ejemplo, tal incumplimiento puede ser saneado o rectificado por el inversionista...”⁵⁹.

El análisis del Tribunal comenzó por señalar que:

“...[L]as fronteras de la jurisdicción de este Tribunal están delimitadas por el pacto arbitral, en este caso, tanto el TBI como la Convención de Washington. El artículo 25 de la Convención de Washington, que dispone, *inter alia*, parámetros de jurisdicción *ratione materiae*, no define ‘inversión’, dejando a las partes que incorporan la jurisdicción CIADI la tarea de proveer una definición, si así lo desean. En tratados bilaterales de inversión que incorporan una opción de arbitraje CIADI, la palabra ‘inversión’ es un término técnico, cuyo contenido en cada instancia debe ser determinado por el lenguaje del TBI pertinente, que sirve como *lex specialis* respecto del artículo 25 de la Convención de Washington.”⁶⁰

El Tribunal examinó los estándares legales aplicables a esta limitación *ratione materiae* a su jurisdicción. En ese sentido, entró a considerar la voluntad del Estado receptor al ratificar el trata-

58. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, 16 de agosto de 2007, pár. 120 & 285-291.

59. Traducción libre. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, 16 de agosto de 2007, pár. 304.

60. Traducción libre. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, 16 de agosto de 2007, pár. 305.

do de inversión, observando que "...el tratado de inversión explícita y reiteradamente requería que una inversión, a fin de poder ser protegida por el tratado, tendría que cumplir con la ley del Estado receptor...".⁶¹ Finalmente, concluyó que "el cumplimiento de las leyes del Estado receptor es una condición explícita y difícilmente irrazonable en el Tratado y su Protocolo anexo".⁶²

Este caso sugiere que, cuando un tratado condiciona la protección de una inversión a que ésta haya sido realizada de conformidad con las leyes del estado receptor, establece una restricción material a la jurisdicción del tribunal. En este contexto surge un nuevo interrogante, a saber, ¿qué ocurre cuando el acto de ilegalidad no se presenta en el momento en que se realizó la inversión, sino que deviene durante el desarrollo de la actividad de que se trate?

Nuevamente es el caso *Fraport* el llamado a ocupar un lugar central en nuestra reflexión. En efecto, en dicho caso Filipinas alegaba que la inversión objeto de la controversia no había sido aceptada conforme a sus leyes, añadiendo que "...inclusive después de haber sido 'admitida', una inversión puede estar fuera del campo de aplicación de las protecciones del TBI, cuando sea implementada de una manera materialmente contraria a las leyes del Estado receptor que regulen la inversión o las actividades de inversión...".⁶³ En tal caso, según el Estado demandado, se vería afectada la jurisdicción del tribunal.⁶⁴ Frente a esta posición, los árbitros determinaron que

"...si, al tiempo de iniciación de la inversión, se ha cumplido con el derecho del Estado receptor, los alegatos del Estado sobre violaciones de su derecho en el curso de la inversión,

61. Traducción libre. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, 16 de agosto de 2007, pág. 398.

62. Traducción libre. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, 16 de agosto de 2007, pág. 404.

63. Traducción libre. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, 16 de agosto de 2007, pág. 286.

64. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, 16 de agosto de 2007, pág. 344 - 345.

como justificación de acciones estatales respecto de la misma, pueden ser una defensa frente a las pretensiones [acerca de] las violaciones sustantivas del TBI, pero no podrían privar a un tribunal, que actúa bajo la autoridad [conferida] por el TBI, de su jurisdicción".⁶⁵

En este evento, la ilegalidad no actuaría como una limitación objetiva de la materia arbitrable sino que entraría a afectar la valoración del mérito de las pretensiones del inversionista.

En el caso de *Fraport*, el tribunal declinó su jurisdicción, considerando así que la objeción de ilegalidad se constituía en una causal de inarbitrabilidad de la disputa.

Límites del consentimiento del Estado al arbitraje de inversión

Las cuestiones de ilegalidad también han sido vinculadas con el alcance del consentimiento otorgado por el Estado para llevar una disputa de inversión a arbitraje. Así, el Estado podría defenderse argumentando que su consentimiento se restringe a aquellas disputas que se refieren al tipo de inversión definido por el tratado. En esa medida, el argumento se confunde en sus efectos con el relativo a la definición de inversión: en ambos casos, la consecuencia final es sustraer ciertas disputas de aquellas susceptibles de ser sometidas a arbitraje, a partir de una delimitación del consentimiento del Estado, con base en la noción de inversión.

Por ejemplo, el tribunal CIADI del caso *Inceysa c. República de El Salvador* se declaró falto de jurisdicción para resolver la disputa relacionada con reclamos derivados del incumplimiento de un contrato por parte del Estado, al expropiar una empresa española arguyendo que la inversión de la demandante no había sido realizada de conformidad con la ley salvadoreña.

65. Traducción libre. *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide c. República de Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/03/25, 16 de agosto de 2007, párr. 345.

El Salvador alegó que el tribunal carecía de jurisdicción, ya que su consentimiento no contemplaba la protección de "...inversiones tales como las basadas en contratos para proveer servicios al Estado, que hubieren sido obtenidas mediante fraude, falsificación y corrupción..."⁶⁶, limitándose a las diferencias surgidas de "...las inversiones hechas de acuerdo con la legislación salvadoreña..."⁶⁷

El tribunal comenzó su análisis definiendo su jurisdicción de conformidad con el Artículo 41 del Convenio CIADI⁶⁸, añadiendo más adelante –en relación con la inversión de Inceysa– que "...al constituir la legalidad de dicha inversión un presupuesto para que este Tribunal pueda ser competente, la determinación de la citada legalidad [de la inversión] solo puede ser hecha por el tribunal de la causa, es decir, por este Tribunal de Arbitraje".⁶⁹

El tribunal observó que, al abordar el tema de la legalidad de la inversión en una etapa temprana del proceso, única y exclusivamente buscaba resolver sobre su competencia.⁷⁰

El tribunal comenzó por revisar el tema del consentimiento de la demandante, a partir del Artículo 25(1) del Convenio CIADI. Los árbitros discreparon con el argumento planteado por la demandante, consistente en que el consentimiento de El Salvador para el arbitraje CIADI fue otorgado al momento de suscribir y ratificar el acuerdo y no puede estar sujeto a limitación alguna, de manera tal que cualquier limitación del mismo constituiría un retiro unilateral del consentimiento contrario al artículo 25(1) del instrumento.⁷¹ En ese orden de ideas, concluyó el tribunal:

66. *Inceysa Vallisoletana S.L. v. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/04/26, Laudo, 2 de agosto de 2006, pág. 45.

67. *Inceysa Vallisoletana S.L. v. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/04/26, Laudo, 2 de agosto de 2006, pág. 141.

68. *Inceysa Vallisoletana S.L. v. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/04/26, Laudo, 2 de agosto de 2006, pág. 148, ss.

69. *Inceysa Vallisoletana S.L. v. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/04/26, Laudo, 2 de agosto de 2006, pág. 209.

70. *Inceysa Vallisoletana S.L. v. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/04/26, Laudo, 2 de agosto de 2006, pág. 213.

"...[E]l análisis del contenido y los alcances del consentimiento de las partes signatarias de un acuerdo de protección recíproca a las inversiones no puede ser visto como la imposición de limitaciones a dicho consentimiento. Por el contrario, es un ejercicio obligatorio que debe efectuar todo Tribunal de Arbitraje, con el objeto de resolver si la controversia que se le plantea está sometida o no a su competencia, de acuerdo con el contenido real del consentimiento manifestado por las partes".⁷²

Más adelante, encontró que la exclusión de inversiones que contravienen las leyes locales era expresión de la intención de España y El Salvador, al suscribir el tratado de inversión; esta conclusión se sustentó en el texto del tratado y en los *travaux préparatoires*.⁷³

Es así como el Tribunal sostuvo que el comportamiento fraudulento de la demandada constituía una infracción a la legislación nacional, que impedía a la inversión gozar de las protecciones del TBI y restringía la posibilidad del tribunal de pronunciarse sobre el tema.⁷⁴

Un ejemplo similar puede encontrarse en el caso *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri AS c. República de Kazakstán*, donde el Estado demandado alegó que no

71. *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/04/26, Laudo, 2 de agosto de 2006, pág. 171.

72. *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/04/26, Laudo, 2 de agosto de 2006, pág. 172.

73. *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/04/26, Laudo, 2 de agosto de 2006, pág. 190, ss.

74. En ese sentido, afirmó el tribunal: "En la controversia que ocupa a este Tribunal de Arbitraje, existen hechos y razones claras que configuran el supuesto antes indicado, puesto que Inceysa actuó de manera impropia para que se le adjudicara la licitación que hizo posible su inversión y, por ende, no puede concedérsele la protección que el APPRI otorga... La clara y contundente evidencia de las violaciones cometidas por Inceysa durante el proceso de la licitación, lleva a este Tribunal a resolver que la inversión de Inceysa no puede, bajo ninguna circunstancia, gozar de la protección del APPRI. Permitir que Inceysa se beneficiara de la realización de una inversión claramente violatoria de los fundamentos de la licitación en que se originó, sería una falta grave a la justicia que este Tribunal está obligado a impartir. Ningún sistema jurídico sustentado en bases racionales permite que se beneficie quien ha realizado una cadena de actos claramente ilegales" *Inceysa Vallisoletana S.L. c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/04/26, Laudo, 2 de agosto de 2006, pág. 244.

había consentido a la jurisdicción CIADI sobre la disputa, entre otros, porque las inversiones del demandante no eran legales e infringían los principios de buena fe, *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* y el orden público internacional.⁷⁵ El tribunal comenzó por analizar el artículo 25 del Convenio CIADI,⁷⁶ abordando posteriormente el TBI concluido entre la República de Turquía y la República de Kazakstán del 1 de mayo de 1992.⁷⁷ Sobre esta base, afirmó:

“...[P]ara recibir la protección de un tratado bilateral de inversiones, las inversiones objeto de la controversia deben ser conformes con las leyes y regulaciones del Estado receptor. De otro lado... las inversiones en el Estado receptor sólo se excluirán de la protección del tratado si han sido realizadas en violación de los principios jurídicos fundamentales del Estado receptor. Tras un examen cuidadoso de las pretensiones del demandado, el Tribunal Arbitral ha llegado a la conclusión de que el demandado no probó que la inversión de los demandantes habría sido fraudulenta o violatoria de alguna ley o regulación de Kazakstán...”.⁷⁸

El Estado intentó posteriormente la declaratoria de nulidad del laudo, alegando, entre otros, “...que el Tribunal manifiestamente excedió sus poderes al encontrar que tenía jurisdicción, cuando carecía de ella, en razón de la ilegalidad de la inversión.”⁷⁹ El Comité *ad hoc* encontró que el laudo no había excedido manifiestamente sus facultades, ya que “...no dejó de dar razones para [justificar] su decisión de que las inversiones de Rumeli y Telsim no violaban el derecho internacional o las leyes de Kazakstán”.⁸⁰ Por este y otros motivos, el Comité rechazó la solicitud formulada por el demandado.

75. *Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazakstan*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008, pár. 310.

76. *Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazakstan*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008, pár. 312, ss.

77. *Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazakstan*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008, pár. 315.

78. *Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazakstan*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008, pár. 319-320.

79. *Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazakstan*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Decisión del Comité *Ad Hoc*, 25 de marzo de 2010, pár. 3.

80. *Rumeli Telekom A.S. & Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Kazakstan*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Decisión del Comité *Ad Hoc*, 25 de marzo de 2010, pár. 99.

Nótese que, en los dos casos citados, se reconoció la posibilidad de que la ilegalidad de la inversión tenga el efecto de privar al tribunal de jurisdicción en relación con el consentimiento otorgado por los Estados para arbitrar ciertas disputas. Lo anterior supone que la jurisprudencia ha reconocido a la ilegalidad el efecto de sustraer ciertas materias de la posibilidad de ser resueltas por los árbitros, apareciendo así una causal de inarbitrabilidad *ratione materiae*.

Ahora bien, además de las restricciones a la arbitrabilidad por cuestiones de ilegalidad, algunos tratados incluyen otro tipo de requisitos, que igualmente condicionan la arbitrabilidad de la disputa. Aunque sin relacionarse directamente con el tema de la ilegalidad, resulta interesante la existencia de otro tipo de condiciones que pueden afectar el consentimiento del Estado sobre la materia arbitrable, en el marco de un arbitraje de inversión. Entre estas limitaciones, cabe señalar la relacionada con la exigencia de permisos o autorizaciones especiales para la inversión y la exclusión de ciertos sectores económicos de la protección del tratado.

Por ejemplo, antes de denunciar el Convenio CIADI en el año 2009, Ecuador envió una notificación al CIADI excluyendo de la jurisdicción del Centro “*las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al tratamiento de una inversión que deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros*”.⁸¹ Asimismo, existen tratados que impiden considerar como ‘inversión extranjera’ actividades relacionadas con algunos sectores económicos.⁸²

81. Véase: Embajada del Ecuador, Nota No. 4-3-74/07, Washington, 4 de diciembre de 2007 [en línea] <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/ViewNewsReleases.jsp>.

82. En ese sentido, el TLC Chile-Colombia, dice en su artículo 9.1.4: “[e]ste Capítulo no se aplica a las medidas que adopte o mantenga una Parte en cuanto a los inversionistas de la otra Parte y a las inversiones de dichos inversionistas, en instituciones financieras del territorio de la Parte”. Asimismo, el artículo 9.14 del mismo instrumento dispone: “[n]ada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para garantizar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta la legislación medio ambiental en esa Parte”. TLC Chile-Colombia, 8 de mayo de 2009 [fecha de entrada en vigencia], arts. 9.1.4 & 9.14.

En este caso, aún si la inversión fuera tal desde el punto de vista de la definición relevante y cumpliera con la legislación del Estado receptor, las cuestiones relacionadas con ésta no serían susceptibles de ser resueltas mediante arbitraje.

A manera de conclusión de este apartado, es importante señalar que el efecto de la inarbitrabilidad relacionada con cuestiones de ilegalidad, y aún con las condiciones adicionales que acaban de señalarse, tendría como efecto la falta de jurisdicción del tribunal. Esta ausencia de jurisdicción operaría igualmente en caso de que la disputa fuese llevada ante una corte nacional, como bien lo permiten la mayoría de tratados relevantes. En efecto, las cortes no tendrían en este evento una jurisdicción general para conocer las cuestiones relativas al instrumento internacional, sino que sus facultades se verían restringidas por los mismos factores que limitan la jurisdicción del tribunal arbitral, y que se encuentran en el tratado y en la definición misma de inversión.

3.2.2 Anulación y ejecutabilidad

Ahora bien, el esfuerzo por encuadrar las objeciones relacionadas con los alegatos de ilegalidad, fraude y corrupción como cuestiones de arbitrabilidad, tiene como aplicación práctica la posibilidad de que éstas sean utilizadas como causales de anulación del laudo o para denegar su reconocimiento y ejecución (fuera del sistema del Convenio CIADI).

Como se señaló anteriormente, los laudos que no son emitidos por un tribunal que actúe bajo el Convenio CIADI, están sujetos a los recursos de anulación previstos por la legislación de la sede del arbitraje, dependiendo entonces su reconocimiento y ejecución de la Convención de Nueva York, siempre y cuando ésta haya sido ratificada por el Estado en cuyo territorio se ubica la sede arbitral. Tanto la Ley Modelo de la CNUDMI como la Convención de Nueva York enuncian la inarbitrabilidad de la

disputa como causal denegación del reconocimiento y ejecución del laudo; por su parte, la Ley Modelo la contempla además como causal de anulación.⁸³

En este sentido, arbitrar transacciones que no se encuentren cobijadas por la definición de 'inversión' aplicable o que no respeten los criterios jurisprudenciales desarrollados en torno a este concepto o que no cumplan con los requisitos adicionales exigidos por el tratado relevante, podría dar lugar a la interposición de un recurso de anulación contra el laudo o al rechazo de su reconocimiento y ejecución, en razón de la inarbitrabilidad del objeto de la controversia.

En este sentido, resulta fundamental para los inversionistas considerar esta posibilidad al momento de evaluar el sistema procesal escogido para el desarrollo del arbitraje. Discusiones como las que tuvieron lugar en el marco del proceso de anulación en los casos *MHS c. Malasia* y *Patrick Mitchell c. Congo*, no se circunscribirían a las causales particulares del Convenio CIADI sino que podrían también trasladarse en los términos aquí expuestos a ámbitos externos al CIADI.

Quedaría aún por resolver el interrogante sobre la ley aplicable para determinar las cuestiones de arbitrabilidad. En efecto, tanto la CNY como la Ley Modelo indican que la arbitrabilidad debe juzgarse en relación con la ley de la sede del arbitraje (en casos de anulación) o del sitio donde se solicita el reconocimiento y ejecución. En el caso del arbitraje de inversión, sin embargo, las restricciones a la arbitrabilidad vienen dadas en el tratado de inversión y en los principios de derecho internacional, dependiendo de la definición de inversión y de los criterios jurisprudenciales que se acojan. El rol de la ley de la sede del arbitraje queda así en entredicho.

83. Véase: Convención de Nueva York, 1958, artículo V.2.a; CNUDMI, Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional, 1985, artículos 36.1.b.i. & 34.2.b.i.

Así las cosas, la aplicación del concepto de arbitrabilidad en el marco del arbitraje de inversión no está exenta de dificultades. Existirían al menos tres opciones frente al problema planteado. Primero, dejar sin aplicación las causales de anulación y de denegación de la ejecución del laudo de la Ley Modelo y de la CNY al no ceñirse estrictamente a las circunstancias para las que fueron previstas en el ámbito del arbitraje comercial. Segundo, aplicar dichas causales pero acogiendo una definición amplia de arbitrabilidad –como la que aquí se propone– y aceptando un cierto nivel de flexibilidad al interpretar la referencia a la ley de la sede del arbitraje, permitiendo que las cortes miren al texto del tratado y a los principios de derecho internacional donde se definen las restricciones *ratione materiae*.⁸⁴ Tercero, modificar dichos instrumentos para adaptarlos a los requerimientos del arbitraje de inversión, solución esta que, desde el punto de vista práctico, parece improbable.

4. CONCLUSIÓN

Aunque ausente hasta el momento del ámbito del arbitraje de inversión, el concepto de arbitrabilidad parece entonces resultar de utilidad en dos momentos en relación con este tipo de arbitrajes. El primero, en la evaluación del impacto que los argumentos sobre ilegalidad y corrupción pueden tener sobre el desarrollo del arbitraje cuando la parte que los invoca es el Estado en defensa de la demanda presentada por el inversionista. Cómo se anotó, cuando es el inversionista el que alega estas circunstancias como una violación del tratado, los tribunales han

84. Ya en el ámbito de la CNY se ha adoptado una recomendación para guiar la aplicación del artículo II de la Convención, en consideración a los adelantos tecnológicos en materia de comunicaciones y a los avances legales y jurisprudenciales de ciertas jurisdicciones que resultan incompatibles con una interpretación estricta del texto de la Convención. Véase, CNUDMI, "Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, de 10 de junio de 1958, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 7 de julio de 2006 en su 39º período de sesiones", Anexo II A/61/17, A/CN.9/WG.II/WP.139. De manera similar, podría barajarse la posibilidad de adoptar una recomendación para precisar la particularidad del arbitraje de inversión en relación con la determinación de la ley aplicable en el contexto de los arbitrajes de inversión.

entrado a tratar el tema sin cuestionar el alcance de su jurisdicción. El segundo, al momento de dilucidar la aplicación de la Convención de Nueva York y la Ley Modelo CNUDMI, en el caso de los laudos proferidos por fuera del sistema CIADI, en relación con las causales de anulación y denegación del reconocimiento y ejecución del laudo.

No es un secreto que el arbitraje de inversión se moldeó sobre el prototipo del arbitraje comercial internacional que, para el momento de la aparición del arbitraje de inversión, llevaba ya un largo camino recorrido y venía afianzándose poco a poco como la alternativa por excelencia para la resolución de controversias en el ámbito del comercio internacional.

Dada la diferencia generacional entre ambas instituciones, existe una fuerte tentación a trasponer de manera irreflexiva las instituciones jurídicas y los instrumentos que han impulsado el arbitraje comercial internacional en el campo del arbitraje de inversión. A pesar de la aparente similitud y de compartir un grupo de profesionales dedicados a la práctica en ambas áreas, resulta vital para el adecuado desarrollo del arbitraje de inversión poner de presente sus especificidades y hacerlas valer al momento de recurrir a los instrumentos que hasta el momento han permitido la consolidación del arbitraje comercial internacional. Este artículo espera contribuir con dicha reflexión.

El desvanecimiento del blindaje de defensa de Bolivia en Arbitrajes Internacionales de Inversión

Andrés Moreno Gutiérrez¹

SUMARIO

1. Reformas estructurales en Bolivia. 2. El proceso de capitalización de Entel S.A. 3. La nacionalización del paquete accionario de ETI EUROTELECOM INTERNATIONAL en Entel S.A. 4. El Arbitraje Internacional de Inversiones de ETI contra el Estado boliviano. 5. Desistimiento de ETI ante el CIADI: Sometimiento de las partes a CNUDMI. 6. La estrategia de defensa del Estado Boliviano: Denuncia de la Convención de Washington 7. Desvanecimiento del principal blindaje de defensa de Bolivia. 8. Vigencia y eficacia de los 22 BITs suscritos por Bolivia.

1. REFORMAS ESTRUCTURALES EN BOLIVIA

Luego de afrontar el proceso inflacionario más impactante que hubiera registrado la historia del mundo moderno, Bolivia se vio en la necesidad de adoptar una serie de reformas estructurales que comenzaron a vislumbrarse con la aprobación del polémico Decreto Supremo No. 21060 de 29 de agosto de 1985, el cual permitiría la implantación de una nueva política económica a través de la transición de un agotado modelo de Estado protagonista de los más importantes sectores de la economía,

1. Abogado - socio de Moreno Baldivieso Estudio de Abogados de La Paz, Bolivia.

hacia un modelo de Estado donde primaría una economía de libre mercado caracterizada por su apertura favorable a inversionistas extranjeros.

Dichas reformas de corte estructural serían profundizadas a lo largo de la década de los '90 mediante la implementación del denominado proceso de capitalización², que vino a constituir el modelo boliviano de privatización de empresas públicas. De esta manera, el país consolidaría el tránsito de un Estado Intervencionista a un Estado Regulador que con esta nueva política económica cedía las actividades económicas tradicionalmente desarrolladas por el sector público al sector privado.

El proceso de capitalización tuvo como propósito principal reestructurar los sectores de electricidad, hidrocarburos, telecomunicaciones, transportes y fundición, en procura de reducir la pesada burocracia así como también el marcado índice de subordinación política a la cual se veían sometidas las administraciones de las empresas de dichos sectores, las mismas que mediante este mecanismo, podrían elevar su competitividad para actuar en mercados de escala.

El sustento jurídico de la capitalización quedó configurado en la Ley No. 1544 de 21 de marzo de 1994, Ley de Capitalización, la misma que inicialmente autorizó la conversión de las principales empresas estatales³ de Bolivia en sociedades de economía mixta⁴, para posteriormente incrementar el capital de estas empresas mediante aportes de inversores privados nacionales o extranjeros, con la consiguiente emisión de acciones ordinarias representativas de dichos aportes.

2. La capitalización, a diferencia del proceso de privatización puro y simple, se caracterizaba porque la totalidad del aporte del inversor sería destinado a incrementar el capital de la empresa involucrada en el proceso de capitalización, permitiendo su reestructuración.
3. Las principales empresas de Bolivia y que fueron sometidas a proceso de capitalización son: Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos (YPFB), Empresa Nacional de Electricidad (ENDE), Empresa Nacional de Telecomunicaciones (ENTEL), Empresa Nacional de Ferrocarriles (ENFE) y Empresa Metalúrgica Vinto.
4. La sociedad anónima mixta (SAM) es una sociedad que se encuentra regulada por los artículos 424 del Código de Comercio de Bolivia, y su capital social resulta de la conjugación del capital estatal y el capital privado.

Adicionalmente, con la finalidad de optimizar el proceso de capitalización, y mejorar las posibilidades de atracción de inversiones, la Ley de Capitalización dispuso que los pasivos de las sociedades sujetas a capitalización pudieran ser transferidos ya sea de manera parcial o total al Tesoro General de la Nación que en última instancia absorbería las pérdidas que el ejercicio deficitario de algunas empresas hubiera acumulado durante años de gestión deficiente en muchos casos.

2. EL PROCESO DE CAPITALIZACIÓN DE ENTEL S.A.

Naturalmente y como no podía ser de otra manera, la Empresa Nacional de Telecomunicaciones (*Entel*) –que en ese entonces se constituía en la primera y única dedicada a la telefonía de larga distancia, conexiones internacionales, etc. con un mercado cautivo del 60% de las telecomunicaciones– vino a formar parte del conglomerado de empresas estatales que serían sometidas al novedoso proceso de capitalización que se presentaba prometedor para revitalizar y dar un nuevo empuje a la economía boliviana.

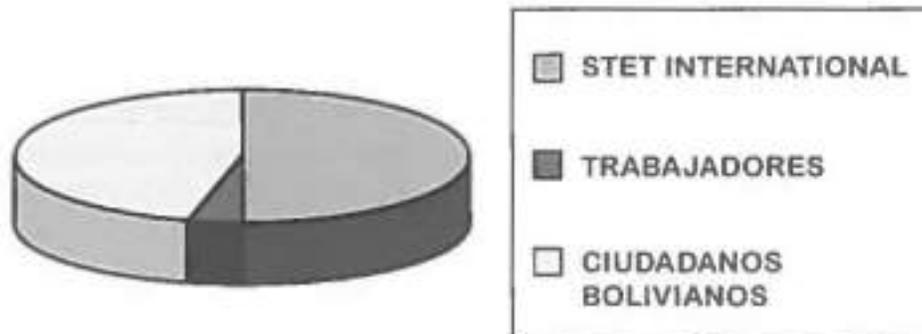
Como quiera que el marco legal establecido señalaba que el inversor nacional o extranjero debía ser seleccionado mediante proceso de Licitación Pública Internacional, el Gobierno Boliviano emitió la correspondiente convocatoria dirigida a inversores que estuvieran interesados en capitalizar Entel. En dicha Licitación participaron ocho compañías preseleccionadas: Bell Atlantic International, France Telecom, Stet International NV (*Stet*), Telephone International of Spain, Korea Telecom, Marconi, MCI International y Sprint International.

Las ofertas finales para capitalizar Entel llegaron de Telephone International of Spain que ofertó US\$ 162.5 millones, MCI International US\$ 303 millones, mientras que la mejor oferta provino de Stet que ofreció US\$ 610 millones, resultando en consecuencia esta última empresa adjudicataria del 50% de las

nuevas acciones ordinarias de Entel, la misma que como producto del proceso de capitalización, se transformó en un primer momento de empresa pública a sociedad de economía mixta⁵, siguiendo los lineamientos marcados por la Ley de Capitalización.

A efectos de viabilizar la emisión de acciones, el 27 de noviembre de 1995 el Estado de Bolivia y Stet firmaron un Contrato de Suscripción de Acciones en cuyo mérito Stet se obligó a efectuar la inversión comprometida, constituyéndose en virtud de este mismo Contrato un fondo de reserva por concepto de prima de emisión.

Como producto de la capitalización, el 50% de las acciones de Entel quedaron en propiedad de Stet, el 3% de las acciones fueron destinadas a los trabajadores de Entel en calidad de compensación por sus beneficios sociales, en tanto que el 47% restante sería transferido a los ciudadanos bolivianos residentes en el país que al 31 de diciembre de 1995 hubieran alcanzado la mayoría de edad⁶, estando la administración de este 47% de acciones a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones "Futuro de Bolivia S.A. AFP" y "BBVA Previsión AFP S.A.", conforme se muestra en el siguiente gráfico.



5. Eventualmente y como producto de una serie de reestructuraciones internas, Entel se transformaría en una sociedad anónima sujeta al régimen privado contenido fundamentalmente en el Código de Comercio de Bolivia. A partir de ese entonces, la denominación de Entel sería Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A. - ENTEL S.A.

6. De acuerdo al artículo 4 del Código Civil vigente en 1995, la mayoría de edad se alcanzaba a los 21 años.

3. LA NACIONALIZACIÓN DEL PAQUETE ACCIONARIO DE ETI EUROTELECOM INTERNATIONAL EN ENTEL S.A.

El proceso de nacionalización que viene implementando el Estado boliviano comenzó el año 2006, con la promulgación del Decreto Supremo No. 28701 de 1 de mayo de ese año, denominado "Héroes del Chaco" en remembranza de los caídos en el conflicto bélico que se suscitara entre Bolivia y Paraguay en la década de los '30, precisamente en la región del Chaco que actualmente posee los mayores reservorios hidrocarburíferos descubiertos en nuestro país.

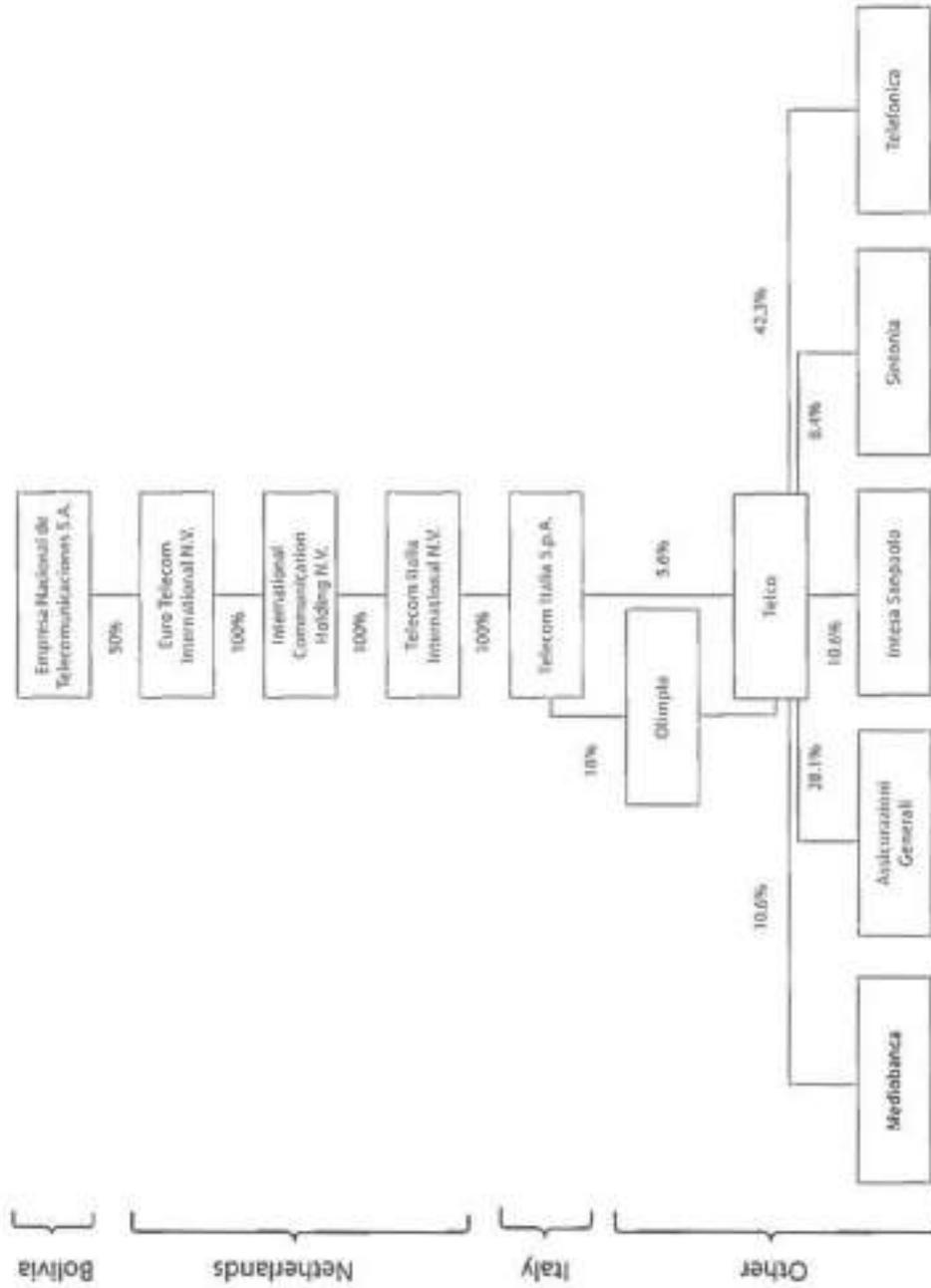
Con el Decreto señalado en el párrafo anterior, el Estado nacionalizó las acciones necesarias para que Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos⁷ controle como mínimo el 50% más 1 en las empresas Chaco S.A., Andina S.A., Transredes S.A., Petrobras Bolivia Refinación S.A. y Compañía Logística de Hidrocarburos de Bolivia S.A.

Transcurridos dos años, en el marco de este proceso constante y progresivo de nacionalización, el Gobierno de Bolivia decretó la nacionalización del paquete accionario perteneciente a ETI en Entel, surgiendo a raíz de esta medida el diferendo entre el Estado Boliviano y la sociedad ETI EUROTELECOM INTERNATIONAL NV (ETI)⁸, subsidiaria de la firma Telecom Italia NV⁹ que a su vez viene a ser la principal compañía holding de Telecom Italia S.p.A.

La estructura de titularidad de las acciones de ETI es compleja y puede explicarse de mejor manera a través del siguiente cuadro que muestra su estructura corporativa:

7. Yacimientos Petrolíferos Fiscales Bolivianos es la empresa estatal encargada de dirigir y administrar las actividades hidrocarburíferas de upstream y downstream.
8. ETI es una compañía pública de responsabilidad limitada (*Naamloze Vennootschap*) incorporada bajo las Leyes del Reino de los Países Bajos.
9. Sict International NV pasó a Telecom Italia NV, de cuya consecuencia esta última empresa se hizo titular del 50% del paquete accionario de Entel a través de su subsidiaria ETI EUROTELECOM INTERNATIONAL NV.

Estructura corporativa de ETI



Fuente:

http://www.cadtm.org/IMG/pdf/ICSID_TT_Hands_off_Bolivia.pdf

Como medida previa a la nacionalización efectiva del paquete accionario de ETI, mediante Decreto Supremo No. 29101 de 23 de abril de 2007, el Gobierno dispuso la transferencia en favor del Estado boliviano, a título gratuito, de las acciones de los ciudadanos bolivianos que formaban parte del Fondo de Capitalización Colectiva en ENTEL S.A., administradas por las Administradoras de Fondos de Pensiones “Futuro de Bolivia S.A. AFP” y “BBVA Previsión AFP S.A.”.

La nacionalización en cuestión fue dispuesta por el Gobierno del Presidente Evo Morales en virtud del Decreto Supremo No. 29544 aprobado en fecha 1 de mayo de 2008, después de que hubieran fracasado las gestiones llevadas adelante por una Comisión Ad hoc¹⁰ –conformada en marzo de 2007– con el propósito especial de negociar con los representantes acreditados de ETI los términos para una posible salida amistosa de dicha empresa, con la consiguiente recuperación del 50% de las acciones de Entel a favor del Estado.

El Decreto Supremo referido en el párrafo anterior, señala que como efecto de la nacionalización, ETI recibiría el valor de sus acciones como justa indemnización, para lo cual debió haberse llevado a cabo un proceso de valuación en un plazo de 60 días. Adicionalmente, el Decreto dispuso que del pago a efectuarse a ETI se descontarían los pasivos financieros, tributarios, laborales, comerciales y regulatorios de Entel, de la misma manera que éstos fueron absorbidos por el Tesoro General de la Nación a tiempo de la capitalización.

4. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES DE ETI CONTRA EL ESTADO BOLIVIANO

Ante las medidas expropiatorias dispuestas por el Gobierno boliviano, y toda vez que no pudo establecerse ningún consenso

10. La Comisión Ad hoc comisionada para negociar la compra consensuada del paquete accionario de ETI en Bolivia se instituyó en mérito al Decreto Supremo No. 29087 de 28 de marzo de 2007.

pacífico sobre la indemnización que debía hacerse efectiva a favor de ETI, el 12 de octubre de 2007, la solicitud de arbitraje¹¹ fue presentada por dicha empresa ante el Secretario general del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI).

La solicitud de arbitraje fue posterior a una Carta de 27 de abril de 2007 que ETI habría enviado al Estado boliviano, argumentando la vulneración de los estándares de protección establecidos por el Tratado Bilateral de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones (BIT) entre Bolivia y el Reino de los Países Bajos.

Según lo sostenido por ETI, tanto a través de la Carta de 27 de abril de 2007 como así también a través de la solicitud de arbitraje de 12 de octubre de 2007, dicha sociedad habría expresado y perfeccionado su consentimiento para someterse al CIADI, aceptando de esta manera la invitación u oferta abierta del Estado Boliviano a someter cualquier disputa internacional sobre inversiones ante dicho Centro, conforme a los propios términos previstos en el BIT entre Bolivia y el Reino de los Países Bajos.

De acuerdo con informaciones de personeros de Gobierno, la cuantía reclamada por ETI en este proceso arbitral ante el CIADI sería de US\$ 350 millones.

5. DESISTIMIENTO DE ETI ANTE EL CIADI: SOMETIMIENTO DE LAS PARTES A CNUDMI

El 16 y 20 de octubre de 2009 respectivamente, la ex Ministra de Defensa Legal del Estado, Cecilia Rocabado Turbet, habría acordado y firmado con ETI un "Acuerdo de Arbitraje Ad Hoc" y un "Acuerdo Complementario de Arbitraje Ad Hoc", por cuya

11. La solicitud de arbitraje se denomina en inglés Request for Arbitration.

virtud se habría establecido que ETI desistiría del proceso instaurado ante el CIADI y que por consiguiente tanto el Estado como ETI se someterían a un procedimiento arbitral internacional sobre inversiones, bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), haciendo renuncia expresa a la posibilidad de objetar la jurisdicción del tribunal arbitral ad hoc que actualmente conoce de este arbitraje.

Con estos Acuerdos, la ex Ministra anunciaría que Bolivia tendría ganada su primera Batalla, debido a que en su criterio Bolivia se habría liberado del CIADI en el caso particular de ETI; sin embargo, contrastando la alegoría de dichas declaraciones, el descontento a nivel gubernamental fue generalizado, puesto que la defensa de Bolivia, hasta ese momento, se había enfocado principalmente en argumentar la falta de jurisdicción del CIADI, habiéndose traducido esta reticencia desde un inicio a través de la solicitud efectuada por Bolivia para que el CIADI rechace el caso por la supuesta manifiesta falta de jurisdicción de dicho Centro¹².

6. LA ESTRATEGIA DE DEFENSA DEL ESTADO BOLIVIANO: DENUNCIA DE LA CONVENCION DE WASHINGTON

El Estado boliviano fue consciente en todo momento que el programa escalonado de nacionalizaciones que repetiría año tras año y coincidentemente el 1 de mayo¹³ de cada año, traería aparejado consigo una serie de disputas internacionales con las empresas afectadas que procurarían indemnizaciones prontas y adecuadas, conforme a los estándares de protección contenidos

12. El artículo 36 – 3, de la Convención de Washington señala que el Secretario general del CIADI debe registrar la solicitud de arbitraje, excepto si encuentra que la misma se encuentra manifiestamente fuera de la jurisdicción del Centro.

13. Al igual que lo que ocurre en gran parte del mundo, Bolivia conmemora el 1 de mayo como día del Trabajador en honor a la masacre acaecida en la ciudad de Chicago en el año 1886.

en los 22 Tratados Bilaterales de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones (BITs)¹⁴ suscritos y ratificados por el Estado de Bolivia, los mismos que hasta el día de hoy permanecen incólumes en sus términos.

En este sentido, y buscando reducir en cierta medida la exposición estatal frente a foros de arbitraje internacional, Bolivia adoptó como primera salvaguarda de defensa la denuncia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, aprobado en Washington el 18 de marzo de 1965 (*Convención de Washington*), de tal manera que el CIADI dejara de tener jurisdicción ante los posibles arbitrajes internacionales sobre inversiones que se asomaban al influjo de las medidas expropiatorias asumidas.

Esta denuncia tuvo lugar en fecha 2 de mayo de 2007, haciendo que el retiro de Bolivia del CIADI fuera efectivo 6 meses más tarde, es decir el 3 de noviembre de ese mismo año, previo agotamiento del "cooling off period" establecido por el artículo 71¹⁵ de la Convención de Washington.

7. DESVANECIMIENTO DEL PRINCIPAL BLINDAJE DE DEFENSA DE BOLIVIA

El descontento del Gobierno con los Acuerdos ejecutados por la ex Ministra de Defensa Legal del Estado resultó fundado, y en la práctica anticipaba la formulación de una nueva preten-

14. El Estado de Bolivia viene realizando constantes anuncios respecto a la renegociación de los 22 BITs en los que ha crepeado su fe; sin embargo, hasta donde se conoce, por el momento ningún BIT habría quedado sin efecto o habría eliminado al CIADI como entidad con jurisdicción para administrar procesos arbitrales internacionales sobre inversiones entre Bolivia y nacionales de otros Estados amparados por las garantías que ofrecen los BITs vigentes en Bolivia, y de los cuales, precisamente el ejecutado con Estados Unidos y con el Reino de los Países Bajos serían los que contienen protecciones más amplias para los inversores extranjeros.
15. El artículo 71 de la Convención de Washington establece que todo Estado Contratante tiene la facultad de denunciar el Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo, teniendo efecto la denuncia seis meses después de la notificación.

sión por parte de ETI, en términos que a todas luces serían mucho más gravosos para Bolivia.

En noviembre de 2009, ETI formuló cargos indemnizatorios que alcanzan a 700 millones de euros¹⁶, es decir que la actual cuantía reclamada se incrementó considerablemente en comparación con la cuantía que involucraba el fallido procedimiento arbitral inicialmente intentado ante el CIADI, sumándose a dicho monto, la pretensión adicional de pago de un interés compuesto con una tasa del 10%.

Quizás Rocabado creyó que logrando el abandono del CIADI demostraría uno de los puntos medulares en los que había insistido la defensa de Bolivia; sin embargo, resulta evidente que la ex autoridad no tomó en consideración ni evaluó en su verdadera dimensión que la resistencia a la jurisdicción del CIADI era tal vez una de las mejores estrategias para prolongar una defensa sustentable que además gozaría del respaldo de CHRISTOPH H. SCHREUER, Profesor de Derecho Internacional en la Universidad de Viena y una autoridad reconocida en la materia.

Bolivia sostenía como principal argumento de defensa que el CIADI carecería de jurisdicción toda vez que la aceptación expresa de un inversor extranjero a la oferta de Bolivia a someterse a la jurisdicción del CIADI, debería haberse manifestado necesariamente antes de que Bolivia hubiera hecho efectiva la denuncia a la Convención de Washington.

Bolivia posicionaba como núcleo medular de su defensa que no existía forma que se cumpla con el consentimiento bilateral y escrito que exige el artículo 25 de la Convención de Washington, y por tanto se extrañaría el ineludible requisito exigido por la misma Convención para habilitar la jurisdicción del CIADI. Es decir que el CIADI habría dejado de ser un foro competente al

16. 700 millones de euros equivalen aproximadamente a US\$ 1.000 millones.

haberse producido la denuncia de la Convención de Washington siguiendo las reglas y procedimientos establecidos en la propia Convención.

Este argumento parecía ser medio de defensa digno de intentarse habida cuenta que se auxiliaba de las normas contenidas en la misma Convención de Washington, no existiendo jurisprudencia o precedentes particulares sobre la denuncia y los efectos que ella produce. Esta defensa ofrecía a Bolivia la posibilidad de diferir el conocimiento del fondo de la controversia o al menos evitar un ingreso tan apresurado a la fase de averiguación de los méritos sobre la vulneración de los estándares de protección internacional a los que Bolivia se encontraba obligada en mérito al BIT entre Bolivia y los Países Bajos.

Sin embargo, al haberse allanado ambas partes al procedimiento establecido por la CNUDMI, la estrategia central de defensa del Estado de Bolivia se desvaneció irremediabilmente, provocando la precipitación acelerada de los plazos y de las distintas etapas procesales del procedimiento arbitral, puesto que incluso los árbitros ya designados ante el CIADI continuarían ocupando sus cargos.

El verdadero efecto de los Acuerdos de la Ex Ministra Rocabado se traduce en la agilización del procedimiento contra Bolivia, cuyo eventual Laudo sobre los méritos de la controversia se emitiría también con mayor celeridad. La defensa principal del Estado de Bolivia fue defenestrada por los Acuerdos de Arbitraje Ad Hoc, sin que exista otra alternativa más que ingresar a dilucidar los méritos en los cuales ETI ha fundado su reclamación internacional.

Con los Acuerdos sobre Arbitraje Ad Hoc, Bolivia en el fondo sólo perdería valiosos tiempos y derechos importantes que la habilitaban para que, en el marco de un debido proceso, pueda objetar la jurisdicción de cualquier Tribunal Arbitral, habiendo dado pie a que la demanda en su contra se apresure al

mismo tiempo que su cuantía se eleva en proporciones significativas y alarmantes por el impacto negativo que podrían tener en nuestra economía, por la posible disminución de Reservas Internacionales Neta que por el momento mantienen niveles adecuados gracias a las exportaciones de recursos hidrocarbúricos y minerales fundamentalmente.

8. VIGENCIA Y EFICACIA DE LOS 22 BITS SUSCRITOS POR BOLIVIA

Pero lo que resulta más alarmante es que los Acuerdos sobre Arbitraje Ad Hoc firmados por la plenipotenciaria de Bolivia, ni siquiera contribuirán con el bastión de defensa de rechazo a la jurisdicción del CIADI, toda vez que no servirán para argumentar que el CIADI deja de tener jurisdicción en cualquier controversia y para cualquier disputa sobre inversiones protegidas en la que el Estado se vea involucrado en calidad de demandado.

Prueba fehaciente de lo indicado en el párrafo anterior es que la compañía petrolera anglo-americana Pan American Energy LLC (PAE), misma que al igual que ETI sufrió la nacionalización de su paquete accionario en la Empresa Petrolera Chaco S.A.¹⁷, ha presentado una solicitud de arbitraje precisamente ante el CIADI, lo cual deja ver que los Acuerdos de Arbitraje Ad Hoc con ETI, bajo ningún fundamento, podrían ser considerados como una batalla ganada, y muy por el contrario, sólo constituyen una fuente de controversia que inclusive ha dado lugar a la persecución penal de la Ex Ministra de Defensa Legal del Estado, por atentar contra los altos intereses de Bolivia.

Los Acuerdos de Arbitraje Ad Hoc ni siquiera serían un avance para defenestrar la jurisdicción del CIADI, debido a que,

17. El paquete accionario de PAE fue nacionalizado por el Gobierno del Presidente Evo Morales a través del Decreto Supremo No. 29887 de 23 de enero de 2009, emitido a sólo dos días de la fecha marcada para el referendo constitucional para aprobar el proyecto de Constitución impulsado por el partido de Gobierno y sectores afines al mismo.

como se señaló anteriormente, los 22 BITs suscritos entre Bolivia y otros Estados permanecen inalterables en su contenido y vigencia, estando establecido en el clausulado de los mismos que ante el surgimiento de controversias relativas a inversiones de nacionales de otros Estados amparados por los BITs, éstos tendrían la facultad de acudir ante el CIADI o, si así lo decidiesen, activar el mecanismo fijado por la CNUDMI, cual ha ocurrido en el caso de ETI.

Vale decir que no obstante la denuncia de la Convención de Washington por parte del Estado de Bolivia, de todas maneras la jurisdicción del CIADI se encontraría reconocida por dicho Estado, mediante una serie de Tratados Internacionales (BITs) que a la fecha no han sido renegociados, manteniéndose por tanto vigentes y conservando por consiguiente plena eficacia jurídica, de acuerdo a las reglas de Derecho Internacional Público contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Renuncia al arbitraje previsto en un tratado: el caso ecuatoriano

Xavier Andrade Cadena*

SUMARIO

1. Introducción 2. La renuncia en teoría. Convergencia de intereses personales, estatales e internacionales 2.1. La persona como sujeto de derecho internacional 2.1.1. Teoría de los derechos directos 2.1.2. Teoría de los derechos derivados 2.1.3. Las teorías aplicadas al objeto de esta investigación 2.2. Los límites de la autonomía de la voluntad en el derecho y orden público internacionales 2.2.1. Propuesta de test 3. La renuncia en la práctica. Una posición en evolución 3.1. Jurisdicción alternativa o exclusiva 3.2 preeminencia de la autonomía de la voluntad 4. Conclusiones

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el Estado ecuatoriano ha adoptado medidas destinadas a alejarse de la práctica del arbitraje, particularmente del originado en tratados bilaterales de inversión. La intención del gobierno de turno ha sido particularmente tratar de *blindar* al país ante las demandas de inversionistas extranjeros¹.

* Abogado y Doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Master en Derecho, McGill University. Profesor de Arbitraje Internacional, PUCE y Universidad San Francisco de Quito. Socio, Andrade Veloz & Asociados, Ecuador.

1. La posición del gobierno ecuatoriano ha sido ampliamente cubierta por la prensa local. Consultense, por ejemplo, los diarios El Comercio y El Universo.

Con esta finalidad en mente, el gobierno ecuatoriano, en diciembre de 2007, notificó al CIADI que de conformidad con el artículo 25(4) del Convenio del CIADI no “consentirá en someter a [su] jurisdicción las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros”². Adicionalmente indicó que:

“Todo instrumento contentivo de la voluntad previamente expresada por la República del Ecuador en someter esta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, que no se haya perfeccionado mediante el expreso y explícito consentimiento de la otra parte previa la fecha de presentación de esta notificación, es retirado por la República del Ecuador, con eficacia inmediata a partir de esta fecha”³.

Posteriormente, en octubre de 2008, Ecuador promulgó su nueva Constitución⁴ en la que, al tiempo de ratificar la validez de sistema arbitral⁵, se limitó la posibilidad de que el Estado pueda pactar nuevos tratados internacionales en los que se prevea que las disputas contractuales o comerciales entre el Estado y personas privadas se sometan a instancias de arbitraje internacional, salvo que dichas instancias sean “regionales”⁶.

2. Notificación de Ecuador al CIADI del 4 de diciembre de 2007, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/ViewNewsReleases.jsp>.
3. *Ibid.* Sobre los efectos de esta notificación, véase a MONTAÑÉS, Marco Tulio y ANDRADE CADENA, Xavier. “Introductory Note to Ecuador’s Notice under ICSID Article 25(4)”. En: *International Legal Materials*, Volumen 47. Washington D.C.: American Society of International Law, 2008, pp. 154-161.
4. Sobre el arbitraje en la nueva Constitución, véase a ANDRADE CADENA, Xavier. “Breves reflexiones sobre el arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana”. En: *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Ed. Revista Dos Tribunais, 2009, pp. 351-366.
5. Artículo 190 de la Constitución: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”.
6. Artículo 422 de la Constitución “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia”.

El descontento del gobierno frente al sistema CIADI⁷ llevó a que, en julio de 2009, Ecuador denuncie el Convenio del CIADI, convirtiéndose después de Bolivia en el segundo país en separarse del tratado.

Adicionalmente, dado que la mayoría de arbitrajes que enfrenta el Ecuador se originan en tratados bilaterales de inversión (TBIs) suscritos con países exportadores de capital, el gobierno solicitó a la Asamblea Nacional su autorización para poder terminarlos anticipadamente⁸.

Por último, en vista de que las medidas anotadas no tienen el efecto inmediato de *blindaje* perseguido, el gobierno, en ocasiones, ha optado por un camino más efectivo: acordar con el inversionista que las disputas sean resueltas en un foro distinto al previsto en un tratado, renunciando a someterlas a tal instancia.

A manera de ejemplo –y también como elemento de análisis de este trabajo–, transcribimos una estipulación de un contrato suscrito entre el Ecuador y un inversionista español en la que las partes, luego de seleccionar un foro arbitral local para resolver disputas, dejaron en claro que:

“El arbitraje realizado de conformidad con esta Cláusula será el *único y exclusivo foro competente para la resolución de las controversias*. Por lo tanto, *las Partes renuncian a la jurisdicción ordinaria y no podrán alegar en su defensa incompetencia del Tribunal de Arbitraje ni inmunidad soberana, ni sujeción a jurisdicciones distintas previstas en acuerdos de protección recíproca de inversiones u otros instrumentos celebrados por la República del Ecuador o cualquier otra excepción semejante que cuestione la competencia exclusiva y excluyente del Tribunal de Arbitraje, en cualquier procedimiento de solución de*

7. Véanse notas de prensa al respecto. Por ejemplo: http://www.elcomercio.com/solo_texto_search.asp?id_noticia=190521&anio=2009&mes=8&dia=3, http://www.elcomercio.com/solo_texto_search.asp?id_noticia=185948&anio=2009&mes=7&dia=3.
8. A la presente fecha, la Corte Constitucional ha declarado inconstitucionales algunas disposiciones de varios TBIs, lo cual permitiría a la Asamblea Nacional autorizar la denuncia de los tratados.

las controversias, con las excepciones previstas en este Contrato.[...] Las Partes renuncian a los mecanismos de solución de controversias constantes en los convenios suscritos por el Gobierno de la República del Ecuador relacionados con la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, respecto de cualquier tema relacionado, originado o vinculado con la ejecución, terminación o efectos del presente Contrato”.⁹

Más recientemente, en el contexto de la renegociación de contratos que el gobierno lleva a cabo con varias empresas petroleras, el régimen propuso un proyecto de Contrato de Prestación de Servicios cuya cláusula de solución de disputas, a más de prever instancias de conciliación y arbitraje administradas por la Corte Permanente de Arbitraje, señala:

“Elección y renuncia.- El arbitraje previsto en la presente cláusula valdrá como elección de la vía para la resolución de las desavenencias derivadas del presente Contrato o que guarden relación con el mismo de conformidad con lo previsto en cualquier Tratado sobre Promoción y Protección de Inversiones que pudiera ser invocado por la Contratista.

Las Partes renuncian expresamente a resolver las desavenencias derivadas del presente Contrato o que guarden relación con el mismo mediante arbitraje de conformidad con el Mecanismo creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI)”.¹⁰

Renuncias como las indicadas son novedosas en el derecho internacional, sobre todo porque la capacidad de un inversionista de renunciar a un derecho plasmado en un tratado internacional, que no ha sido acordado por él sino por su Estado, podría ser cuestionable.

9. Énfasis del autor. Contrato de Concesión de servicios de telecomunicaciones suscrito entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones del Ecuador y la compañía Otecel S.A., filial de la española Telefónica, el 20 de noviembre de 2008, Cláusulas 68(6)(c) y 72(3).

10. Este proyecto de contrato ha circulado ampliamente dentro de la comunidad jurídica de negocios ecuatoriana. A la fecha de este trabajo, no se conoce su versión final.

Este trabajo trata de tomar una posición ante dicha interrogante, para lo cual, en una primera y teórica parte, se analiza la doctrina y jurisprudencia relativa a los derechos previstos en un tratado y la facultad que tendrían los particulares de renunciarlos (Sección 2). La segunda parte mira la hipótesis desde la práctica, específicamente, para dilucidar cómo los tribunales arbitrales aplican (o se espera que apliquen) la teoría estudiada (Sección 3).

2. LA RENUNCIA EN TEORÍA. CONVERGENCIA DE INTERESES PERSONALES, ESTATALES E INTERNACIONALES

2.1 La Persona como Sujeto de Derecho Internacional

No cabe duda de que la teoría clásica del derecho internacional, según la cual únicamente los Estados eran sujetos de derecho internacional, ha evolucionado. En la actualidad, las personas, lejos de ser consideradas objetos, son reconocidos sujetos con capacidad de goce y ejercicio de derechos y obligaciones emanados del derecho internacional.

Esta realidad es más evidente en unas áreas que en otras. Por ejemplo, en el ámbito de los derechos humanos, la posibilidad de que una persona ejerza derechos individuales previstos en instrumentos internacionales, es innegable. Así, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 son frecuentemente enunciadas por particulares para reclamar violaciones a derechos humanos.

En el área del arbitraje de inversión sucede algo parecido. Se observa recurrentemente que los inversionistas exigen a los Estados receptores de sus inversiones el cumplimiento de las garantías previstas en un tratado.

Cabe preguntarse, entonces, dentro del contexto de las renunciaciones objeto de esta investigación, si los particulares inversionistas son titulares de los derechos cuyo cumplimiento reclaman al Estado receptor. La respuesta no es evidente, pues estos derechos no ha sido pactados por ellos sino por los Estados de los cuales son nacionales.

La cuestión puede analizarse, al menos, desde la perspectiva de dos escuelas de pensamiento: la teoría de los derechos directos y la teoría de los derechos derivados¹¹.

2.1.1 Teoría de los derechos directos

Esta teoría es, de cierta manera, inusual dentro del derecho internacional clásico porque propone que algunos tratados otorgan derechos a particulares y no sólo a entes públicos. La Corte Internacional de Justicia acogió esta doctrina en el caso *LaGrand* en el que, a propósito de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, sostuvo:

*"[...] Habida cuenta del tenor de estas disposiciones, la Corte concluye que el párrafo 1 del artículo 36 crea derechos individuales que, en virtud del artículo primero del protocolo de suscripción facultativa, pueden ser invocados ante la Corte por el Estado de la nacionalidad del detenido. En este caso, estos derechos han sido violados"*¹².

Concomitantemente, los tratados internacionales también pueden crear obligaciones para los particulares. Por ejemplo, es

11. Sobre estas escuelas véase, por ejemplo, a DOUGLAS, Zachary, "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration". En: *British Yearbook of International Law*, No. 74, Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 151-290; McLACHLAN, Campbell, SHONE, Laurence y WEBBER, Matthew, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 60-65.

12. Énfasis del autor. *LaGrand*, Alemania vs. Estados Unidos de América, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 466, par. 77. Traducción del autor de su versión original: "[...] Compte tenu du libellé de ces dispositions, la Cour conclut que le paragraphe 1 de l'article 36 crée des droits individuels qui, en vertu de l'article premier du protocole de signature facultative, peuvent être invoqués devant la Cour par l'Etat dont la personne dérive sa nationalité. En l'espèce, ces droits ont été violés".

claro que la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio o la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar imponen obligaciones a las personas..

2.1.2 Teoría de los derechos derivados

Esta teoría se forma a partir de la figura de la protección diplomática, según la cual un Estado es responsable de los daños que sus acciones u omisiones causen a los nacionales de otro Estado. El Estado del nacional afectado puede, en aplicación de esta institución, reclamar una reparación al Estado infractor como si se tratase de sus propios derechos. La anterior Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Movronmatis* sostuvo lo siguiente:

“[...] Al asumir el caso de uno de sus nacionales y acudir a la acción diplomática o a procedimientos judiciales internacionales en su nombre, el Estado en realidad se encuentra haciendo valer sus propios derechos –sus derechos de asegurar, en la persona de sus nacionales, el respeto a las normas del derecho internacional!”¹³.

Esta teoría se encuentra cada vez más en desuso¹⁴, particularmente porque los particulares no pueden obligar a sus Estados a protegerlos. La intervención estatal es siempre discrecional, como observó la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*:

13. *The Movronmatis Palestine Concessions*, Grecia vs. Reino Unido, Collection of Judgments, Serie A, No. 2, p. 12. Traducción del autor de su versión original: “[...] By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State in reality is asserting its own rights -its rights to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law”.
14. Entre estas razones, podemos señalar: (a) el inversor debe agotar previamente los recursos disponibles en el país anfitrión; (b) la decisión del Estado del inversor de presentar un reclamo a otro Estado es discrecional y sujeta a varias consideraciones, algunas ajenas a los intereses directos del particular; (c) un Estado puede dejar de ejercer la protección diplomática en cualquier momento; y (d) los daños y perjuicios reclamados son aquellos evaluados por el Estado en virtud de un incumplimiento alegado y no por el particular. Sobre este tema, véase, por ejemplo, a HOFFMANN, ANNE. “The Investor’s Right to Waive Access to Protection under A Bilateral Investment Treaty”. En: *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 22(1), Washington D.C., 2007, pp. 42-44.

"[...] dentro de los límites fijados por el derecho internacional, un Estado puede ejercer su protección diplomática mediante los medios y medidas que éste considere apropiados, ya que está haciendo valer sus propios derechos. Si las personas naturales o jurídicas a nombre de quien el Estado actúa consideran que sus derechos no se encuentran suficientemente protegidos, ellas no tienen ningún recurso en el derecho internacional [...] El Estado debe ser considerado como el único juez para decidir si proveerá esta protección, en qué medida y hasta cuando lo hará. Él posee en ese respecto un poder discrecional cuyo ejercicio puede depender de consideraciones, especialmente políticas, extrañas al caso en cuestión"¹⁵.

En el dominio del arbitraje internacional, la teoría de los derechos derivados fue adoptada en el caso *Loewen* administrado bajo las reglas del TLCAN. El tribunal, luego de mencionar que el arbitraje comercial internacional (regulado primordialmente por el derecho internacional privado) y el arbitraje TLCAN (regulado por el derecho internacional público) "no tienen nada en común", acotó que "no existe justificación para transferir normas derivadas del derecho privado al campo del derecho internacional, bajo las cuales los demandantes, por conveniencia, podrían ejercer derechos que pertenecen originalmente a los Estados contratantes"¹⁶.

15. *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Bélgica vs. España, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, par. 78-79. Traducción del autor de su versión original: "La Cour rappelle que, dans les limites fixées par le droit international, un Etat peut exercer sa protection diplomatique par les moyens et dans la mesure qu'il juge appropriés, car c'est son droit propre qu'il fait valoir. Si les personnes physiques ou morales pour le compte de qui il agit estiment que leurs droits ne sont pas suffisamment protégés, elles demeurent sans recours en droit international [...] L'Etat doit être considéré comme seul maître de décider s'il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l'exercice peut dépendre de considérations, d'ordre politique notamment, étrangères au cas d'espèce".

16. *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen vs. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo del 26 de junio de 2003, par 233. Traducción del autor de su versión original: "There is no warrant for transferring rules derived from private law into a field of international law where claimants are permitted for convenience to enforce what are in origin the rights of Party states".

2.1.3 Las teorías aplicadas al objeto de esta investigación

La novedad de la materia, sumada a la cautela de los académicos, hicieron difícil, hasta hace poco, encontrar luces sobre la aplicabilidad de estas teorías a los derechos de los inversionistas previstos en tratados de inversión.

De hecho, el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas en el año 2001, no acoge ninguna de las teorías. El artículo 33 del dicho Proyecto determina que

“[l]as obligaciones del Estado responsable [...] pueden existir con relación a otro Estado, a varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto [...] *sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado*”¹⁷.

JAMES CRAWFORD, *rapporteur* especial de la CDI, haciendo referencia a los tratados bilaterales de inversión, comenta que el Proyecto no refleja una posición sobre si los derechos emanados de tales tratados pertenecen a los inversionistas o a los Estados:

“[...] lo que denota claramente el Artículo 33 es que las obligaciones secundarias derivadas de un incumplimiento pueden deberse directamente al beneficiario de la obligación, en este caso el inversionista, quien, al iniciar un proceso arbitral de conformidad con el tratado, actúa efectivamente en la situación como un titular secundario de los derechos. Por lo tanto, una nueva relación legal –si no existía antes– se ha creado directamente entre el inversionista y el Estado responsable. En consecuencia, un tratado bilateral de inversión, a cierto nivel, desagrega los intereses legales agrupados bajo la fórmula *Movroummatis*”¹⁸.

17. Énfasis del autor.

18. CRAWFORD, James. “The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect”. En: *American Journal of International Law*. 96 Am. J. Int’l L. 874. Washington D.C.: American Society of International Law, 2002, p. 888.

A pesar de lo anterior, y desde luego sin subestimar lo novedoso y complejo del tema, podemos adelantar que las cortes y tribunales arbitrales empiezan a inclinarse por la teoría de los derechos directos.

Por ejemplo, en el campo del arbitraje CIADI, el tribunal del caso *Gas Natural vs. Argentina* señaló que:

“El sistema del Convenio del CIADI y de los tratados bilaterales de inversión consiste en que, en las referidas circunstancias, el inversor extranjero adquiere derechos en el marco del Convenio y del tratado, incluyendo, en especial, la legitimación para promover un arbitraje internacional”¹⁹.

Lo anterior tiene sentido, pues parece claro que las normas del Convenio del CIADI crean un sistema que permite, tanto a los Estados contratantes como a sus nacionales, iniciar procedimientos arbitrales para resolver sus disputas de inversión²⁰. BROCHES, conocido arquitecto del Convenio, lo explica de siguiente manera:

“Desde el punto de vista legal, la característica más sorprendente del Convenio es que establece firmemente la capacidad de un individuo o de una corporación de proceder directamente en contra de un Estado en un foro internacional, contribuyendo, de esta manera, al creciente reconocimiento de las personas como sujetos de derecho internacional”²¹.

19. Énfasis del autor. *Gas Natural SDG, S.A. vs. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/10, Decisión sobre Jurisdicción, 17 de junio de 2005, par. 34,ç

20. El artículo 36 del Convenio del CIADI establece que “[c]ualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante [puede] incoar un procedimiento de arbitraje [...]”.

21. BROCHES, ARON. “The Convention The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”. En: *Selected Essays: World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*. La Haya: Kluwer, 1995, p. 198. Traducción del autor de su versión original: “[f]rom a legal point of view the most striking feature of the Convention is that it firmly establishes the capacity of a private individual or a corporation to proceed directly against a State in an international forum, thus contributing to the growing recognition of the individual as a subject of international law”.

El sistema CIADI, de hecho, considera que el ejercicio de derechos derivados es incompatible con el Convenio. Si un inversionista ha demandado directamente al Estado receptor de su inversión, sin la intermediación de su propio Estado, éste está prohibido de brindarle protección diplomática. El artículo 27 del Convenio de CIADI señala:

“Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo”²².

Las cortes también han empezado a endosar la teoría de los derechos directos. Por ejemplo, la Corte de Apelación inglesa en el caso *Occidental vs. Ecuador* señaló:

“El hecho de que los tratados puedan bajo el derecho internacional moderno otorgar derechos directos a favor de particulares es algo bien establecido, particularmente cuando el tratado prevé un mecanismo de resolución de conflictos que puede ser operado por tales particulares que actúan a nombre propio y sin la intervención o siquiera el consentimiento de su Estado”²³.

22. El Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, en su párrafo 33, ahonda sobre esta prohibición: “Cuando un Estado receptor consiente en someter al Centro la diferencia con un inversionista, otorgando así al inversionista acceso directo a una jurisdicción de carácter internacional, dicho inversionista no debe quedar en posición de pedir a su Estado que respalde su caso ni se debe permitir a éste que lo haga. En consecuencia, el Artículo 27 prohíbe expresamente al Estado Contratante dar protección diplomática [...]”.

Esta incompatibilidad fue corroborada por el tribunal del caso *Enron vs. Argentina*, que consideró que “precisamente el mérito del Convenio CIADI es que ha superado las deficiencias de la protección diplomática en el que el inversionista estaba sujeto a cualquier determinación política o legal que su Estado podría hacer respecto a su reclamo”. Traducción del autor de su versión original: “This is precisely the merit of the ICSID Convention in that it overcame the deficiencies of diplomatic protection where the investor was subject to whatever political or legal determination the State of nationality would make in respect of its claim”. *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. vs. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de enero de 2004, par. 48.

23. *Occidental Exploration and Production Company vs. Ecuador*, Decisión del 9 de septiembre de 2005, [2005] EWCA Civ 1116, par. 19. Traducción del autor de su versión original: “That treaties may in modern international law give rise to direct rights in favor of individuals is well established, particu-

Esta Corte, citando a ZACHARY DOUGLAS, además sostuvo que “la presunción fundamental en el régimen de los tratados de inversión es que claramente el inversionista presenta una acción basado en la defensa de sus propios derechos y no los de su Estado”²⁴.

Así las cosas, parecería que adoptar la teoría de los derechos directos en el denominado derecho de inversión facilitaría notablemente la tarea de un inversionista que desee renunciar a su derecho a acudir a los foros arbitrales previstos en un tratado. Esto no ocurriría, por el contrario, bajo la teoría de los derechos derivados, pues es notorio que una persona no podría renunciar a algo que no posee.

Pese a lo dicho, el hecho de que una persona sea titular de derechos y obligaciones emanados del derecho internacional no significa necesariamente que ella pueda, por esta sola razón, renunciar a tales derechos y obligaciones, pues, como se comenta a continuación, el mismo derecho internacional o el orden público internacional podrían limitar tal facultad.

2.2 Los Límites de la Autonomía de la Voluntad en el Derecho y Orden Público Internacionales

La facultad de una persona de ejercer o dejar de ejercer (por ejemplo, mediante renuncia) un derecho proclamado por el derecho internacional, podría encontrar su límite natural en el mismo derecho internacional o en el orden público internacional. Consiguientemente, no podemos aseverar que una persona por ser titular de un derecho tenga la facultad automática de renunciar a ejercerlo²⁵.

larly where the treaty provides a dispute resolution mechanism capable of being operated by such individuals acting on their own behalf and without their national state's involvement or even consent”.

24. *Ibid.*, par. 20. Traducción del autor de su versión original: “The fundamental assumption underlying the investment treaty regime is clearly that the investor is bringing a cause of action based upon the vindication of its own rights rather than those of its national State”.

25. Para una clara exposición sobre los diversos intereses que confluyen en estas renunciaciones, véase a SHERMANN, Ole, “Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under

Así, por ejemplo, resultaría insensato sostener que un individuo, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, pueda renunciar a su derecho a la libertad, pues éste es de tal importancia para el derecho y orden público internacionales que su existencia y ejercicio no puede depender de su voluntad. En este sentido se manifestó la Corte Europea de Derechos Humanos²⁶ en el caso *De Wilde, Ooms y Versyp vs. Bélgica*:

"[...] el derecho a la libertad es demasiado importante para una 'sociedad democrática', dentro del significado de la Convención [Europea de Derechos Humanos], como para que una persona pierda el beneficio de la protección de la Convención por la sola razón de que ella renuncie a no ser detenida. Una detención podría violar el artículo 5, inclusive si la persona en cuestión la ha aceptado. Cuando el asunto es de aquellos que conciernen al orden público dentro del Consejo de Europa, es necesario que los órganos de la Convención realicen una supervisión cuidadosa de todas las medidas que pudieran violar los derechos y libertades que ésta garantiza"²⁷.

Empero, la Corte Europea de Derechos Humanos, haciendo referencia al caso citado, también sostuvo que si bien "*la naturaleza de ciertos derechos protegidos por la Convención es de tal [importancia] que excluye la posibilidad de renunciar a ejercerlos, no se puede decir lo mismo de otros derechos*"²⁸. Esto dependería del "texto" y

Bilateral Investment Treaties". En: *Arbitration International*, Volumen 20. Kluwer Law International, 2004, pp. 179-211.

26. Sobre la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, véase a SPERMANN, Ofé, "Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties". En: *Arbitration International*, Volumen 20. Kluwer Law International, 2004, p. 186.
27. *De Wilde, Ooms y Versyp ("Vagrancy") vs. Bélgica*, Corte Europea de Derechos Humanos, Decisión sobre el fondo del 18 de junio de 1971, ECHR, Serie A No. 12, par. 65. Traducción del autor de su versión original: "[...] the right to liberty is too important in a 'democratic society' within the meaning of the Convention for a person to lose the benefit of the protection of the Convention for the single reason that he gives himself up to be taken into detention. Detention might violate Article 5 (art. 5) even although the person concerned might have agreed to it. When the matter is one which concerns ordre public within the Council of Europe, a scrupulous supervision by the organs of the Convention of all measures capable of violating the rights and freedoms which it guarantees is necessary in every case".
28. *Alberi and Lo Compte vs. Bélgica*, Corte Europea de Derechos Humanos, Decisión sobre el fondo del 10 de febrero de 1983, ECHR Serie A No. 58, par. 35. Traducción del autor.

del “espíritu”²⁹ de las normas que protegen los derechos que se pretenden renunciar. Parecería, además, según la jurisprudencia europea, que es más factible renunciar a derechos procesales³⁰ que a sustantivos. En todo evento, la mencionada Corte ha señalado que cualquier renuncia, “siempre que sea permitida, debe realizarse de manera inequívoca”³¹ y a condición de que ello “no se oponga a ningún interés público importante”³².

2.2.1 Propuesta de test

La jurisprudencia anotada, pese a que pertenece al ámbito de los derechos humanos –cuyos estándares por obvias razones son altos–, bien podría ser utilizada como *test* para nuestra investigación. Este aventurado ejercicio nos lleva a las siguientes consideraciones:

a) El derecho internacional no prohíbe las renunciaciones

No sin antes advertir sobre el carácter limitado de esta investigación, debemos mencionar que no se han encontrado normas positivas del derecho internacional que restrinjan la facultad de un inversionista de renunciar a sus derechos.

En el caso concreto, la renuncia transcrita en la Introducción de este trabajo (contrato con un inversionista español), parecería no violentar el *texto* o *espíritu* del instrumento aplicable.

29. Ibidem. Véase también *Håkansson y Swarsson vs. Suecia*, Decisión sobre el fondo del 21 de febrero de 1990, ECHR Serie A No. 171-A, par. 66.

30. Véase, por ejemplo, los casos *Albert and Le Compte vs. Bélgica*, Corte Europea de Derechos Humanos, Decisión sobre el fondo del 10 de febrero de 1983, ECHR Serie A No. 58, par. 35; *Barberá, Messegué y Jabardo vs. España*, Corte Europea de Derechos Humanos, Decisión sobre el fondo del 6 de diciembre de 1988, ECHR Serie A No. 146, par. 82; y *Håkansson y Swarsson vs. Suecia*, Ibidem.

31. *Barberá, Messegué y Jabardo vs. España*, Ibidem. Traducción del autor de su original: “According to the Court’s established case-law, waiver of the exercise of a right guaranteed by the Convention - in so far as it is permissible - must be established in an unequivocal manner”; véase también *Albert and Le Compte vs. Bélgica*, Corte Europea de Derechos Humanos, Decisión sobre el fondo del 10 de febrero de 1983, ECHR Serie A No. 58, par. 35; y *Håkansson y Swarsson vs. Suecia*, Decisión sobre el fondo del 21 de febrero de 1990, ECHR Serie A No. 171-A, par. 66.

32. *Håkansson y Swarsson vs. Suecia*, Ibidem. Traducción del autor de su original: “[...] a waiver must be made in an unequivocal manner and must not run counter to any important public interest”.

El tratado bilateral de inversiones suscrito entre Ecuador y España no contiene una norma que prohíba la renuncia de los derechos del inversionista a recurrir a los foros de resolución de disputas previstos en el tratado, a saber: a un tribunal ad-hoc conformado de acuerdo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o a la jurisdicción del CIADI, a su elección³³. Asimismo, parecería difícil sostener que algún método de interpretación del derecho pueda llevar a concluir que el *espíritu* del tratado lo prohíba.

De hecho, el carácter discrecional de la decisión del inversionista reforzaría la idea de que, si éste puede escoger entre las mencionadas dos alternativas, nada le impediría no optar por ninguna de ellas. En otras palabras, el tratado en cuestión no compele al inversionista ni a demandar al Estado ni, si llega a hacerlo, a escoger obligatoriamente entre una de estas alternativas si existe de por medio un acuerdo de las partes de someter sus disputas a otro foro. En este punto, es importante no perder de vista el carácter consensual del arbitraje.

Por lo anterior, se podría corroborar, al menos en este caso, que una renuncia de derechos no infringe el derecho internacional. Hacemos eco de lo decidido en el caso ad-hoc *Eureka vs. Polonia*:

“El Tribunal nota que la renuncia incondicional contenida en el artículo 1 de la primera adenda, en lo que respecta a los reclamos bajo el TBI, es efectiva y se encuentra en conformidad con el derecho internacional que reconoce que una parte puede renunciar a ciertos derechos protegidos internacionalmente”³⁴.

33. Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador, 26 de junio de 1996, Artículo XI.

34. Énfasis del autor. *Eureka B.V. vs. Polonia*, Laudo parcial del 19 de agosto de 2005, par. 174. Traducción del autor de su versión original. “The Tribunal notes that the unconditional waiver contained in Article 1 of the First Addendum as regards BIT claims is effective and in accordance with international law which recognizes that a party may waive certain rights entitled to international protection”.

b) No es claro si el orden público limita la renuncia de derechos

Como ha mencionado la Corte Europea de Derechos Humanos, una renuncia de derechos no podría oponerse a "ningún interés público importante"³⁵.

Entonces, el análisis que la lógica manda hacer no es simple: determinar si el derecho del inversionista a acudir a los mecanismos de resolución de disputas de un tratado es de tal importancia que su renuncia debería prohibirse por razones de orden público.

La empresa es compleja porque, para empezar, es conocido que no existe una visión uniforme sobre el concepto, alcance y hasta la existencia misma del denominado orden público internacional (o transnacional). Al no existir normas claras sobre la aplicación de este parámetro del *test*, al menos en el derecho de inversión, el resultado sería siempre subjetivo.

Tal evaluación, que amerita un estudio profundo sobre la naturaleza de los derechos previstos en los tratados bilaterales de inversión *vis-à-vis* la noción orden público internacional, escapa al alcance de este trabajo. Sin embargo, podemos advertir que la posición de los tribunales, al menos dentro del sistema CIADI, no es unánime.

Por ejemplo, en el caso *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Filipinas* el tribunal, haciendo referencia al caso *LaGrand* antes mencionado, sostuvo:

*"Es dudoso, por decir lo menos, que un particular pueda mediante un contrato renunciar a derechos o dispensar el cumplimiento de obligaciones impuestas sobre los Estados que son parte de tratados bajo el derecho internacional. Pese a que dentro del derecho internacional moderno los tratados pueden conferir derechos sustantivos y procesales a los individuos, normalmente lo hacen con la finalidad de alcanzar algún interés público"*³⁶.

35. Véase *supra* nota 32.

Sin embargo, como se observará en la Sección 3 de este trabajo, otros tribunales CIADI parecen no encontrar impedimentos de este tipo.

c) La renuncia no puede limitar el derecho de una persona a acudir a un tribunal independiente e imparcial

Parece innecesario extenderse en explicar que el derecho de un inversionista a reclamar sus derechos ante un foro previsto en un tratado no reviste la misma importancia de un derecho como el de la libertad analizado por la Corte Europea de Derechos Humanos. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que una renuncia, aunque sea voluntaria –como normalmente es–, no podría resultar en una violación al derecho de las personas a reclamar sus derechos “con justicia” ante “un tribunal independiente e imparcial”³⁷.

En el caso que nos ocupa, las estipulaciones contractuales citadas, a más de contener una renuncia de derechos, prevén la selección de un foro arbitral; acuerdos de los cuales, al menos *a priori*, difícilmente se podría decir que violentan el derecho a recurrir a un tribunal independiente e imparcial. El carácter consensual de la renuncia fortalece esta afirmación, pues se entiende que las partes han seleccionado un foro que consideran apropiado para resolver sus disputas.

36. Énfasis del autor. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre jurisdicción del 29 de enero de 2004, par. 154. Traducción del autor de su original: “It is, to say the least, doubtful that a private party can by contract waive rights or dispense with the performance of obligations imposed on the States parties to those treaties under international law. Although under modern international law, treaties may confer rights, substantive and procedural, on individuals, they will normally do so in order to achieve some public interest”.

37. Artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En el mismo sentido, el Artículo 8(1) de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, [...] para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

d) Las renunciaciones deben ser inequívocas

La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, que considera que una renuncia de derechos debe ser inequívoca, es consistente con lo decidido por tribunales CIADI. Por ejemplo, en el caso *Waste Management vs. México*, el tribunal, a más de hacer una interesante acotación sobre el efecto jurídico de una renuncia, puntualiza las formalidades para su validez:

“El acto de renuncia, de por sí, es un acto unilateral, ya que su efecto extintivo se ocasiona únicamente por su voluntad. La exigencia de una renuncia en cualquier contexto implica una dejación voluntaria de derechos en cuanto que, en términos generales, este acto produce una sustancial modificación en la situación jurídica preexistente: la pérdida o extinción del derecho. Por lo tanto, renunciar supone el ejercicio de la facultad de disposición de su titular para dar lugar a ese efecto jurídico.

En todo caso, cualquier renuncia debe ser clara, explícita y terminante, sin que sea lícita deducirla de expresiones de dudoso significado”³⁸.

Las estipulaciones contractuales en estudio parecerían ser lo suficientemente claras, explícitas y terminantes, al contener la voluntad inequívoca de las partes de renunciar a los mecanismos de solución de controversias constantes en los respectivos TBIs.

3. LA RENUNCIA EN LA PRÁCTICA. UNA POSICIÓN EN EVOLUCIÓN

Varios tribunales arbitrales han tratado indirectamente la materia de esta investigación, sin que hayan adoptado posicio-

38. Énfasis del autor. *Waste Management, Inc. vs. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Laudo del 2 de junio de 2000, par. 18.

nes integrales. De hecho, hay tribunales que han adelantado su opinión advirtiendo que no estaban obligados a hacerlo.³⁹ Esta actitud podría tener, en parte, una explicación, pues los tribunales aún no se han enfrentado a casos de renunciaciones expresas como las analizadas en este trabajo; más bien, en la mayoría de ocasiones, han examinado renunciaciones inferidas por la existencia de cláusulas de selección de foro.

A pesar de esta incertidumbre, existen en las decisiones arbitrales al menos dos criterios que quisiéramos resaltar: la diferenciación entre jurisdicción exclusiva o alternativa y la preeminencia de la autonomía de la voluntad.

3.1 Jurisdicción Alternativa o Exclusiva

Cuando un contrato contiene una cláusula por la que las disputas se someten a un foro distinto al previsto en un tratado, es necesario preguntarse si ello representa la selección de una jurisdicción exclusiva, como única opción para resolver las disputas entre el inversionista y el Estado anfitrión, o si, por el contrario, representa una opción adicional a los medios pactados en el tratado, de entre los cuales se puede escoger libremente.

En el caso *Lanco International Inc. vs. Argentina*, el tribunal arbitral sostuvo que una cláusula que remitía las disputas de un contrato a la jurisdicción de los Tribunales Contencioso Administrativos Federales de Argentina, no podía considerarse como un reemplazo al consentimiento que el Estado anfitrión había otorgado a la jurisdicción del CIADI en el tratado. “*Tal estipulación, por el contrario, sólo diluye la presunción de exclusividad del arbitraje CIADI*”⁴⁰, lo cual, al parecer del tribunal, se encontra-

39. Ver *infra* nota 51.

40. *Lanco International Inc. vs. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/6, Decisión preliminar sobre jurisdicción del 8 de diciembre de 1998, 40 ILM 457, 2001, (en adelante “*Lanco*”), par. 38. Traducción del autor de su original: “[...] the allegation by the Argentine Republic cannot be sustained, considering that the stipulation to the contrary, if it exists, does not replace any consent, but instead dilutes the presumption as to the exclusivity of ICSID arbitration[...].”

ría en conformidad con el artículo 26 del Convenio de Washington⁴¹ que deja abierta la posibilidad de que la jurisdicción del CIADI no sea exclusiva.

Por otra parte, los tribunales también han evaluado si el foro seleccionado en un contrato estaría de todas maneras disponible en ausencia del convenio arbitral, como normalmente ocurre con la jurisdicción de las cortes locales, o si, por el contrario, la opción nace de la voluntad de las partes.

Los tribunales de *Lanco y Salini vs. Marruecos* consideraron que una cláusula que remite una disputa a las cortes del Estado anfitrión, mismas que de no existir el convenio arbitral igual tendrían, por ley (mas no por contrato), jurisdicción sobre la diferencia, no puede considerarse como una verdadera selección de jurisdicción bajo el principio de la autonomía de la voluntad⁴². Éste no sería el caso, a criterio del tribunal de *Lanco*, si el foro seleccionado fuese arbitral⁴³.

Sin embargo, esta posición fue posteriormente rebatida por el tribunal del caso *SGS vs. Filipinas*, que consideró que un acuerdo debe siempre ser respetado, salvo que exista otra norma contraria que prevalezca, sin importar si se otorga jurisdicción a cortes ordinarias o a un tribunal arbitral.⁴⁴

41. Artículo 26 del Convenio de Washington: "Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso". Énfasis del autor.

42. *Lanco*, par. 26: "This Tribunal understands that the [contractual] stipulation..., according to which the parties shall submit to the jurisdiction of the Federal Contentious-Administrative Tribunals of the City of Buenos Aires, cannot be considered a previously agreed dispute-settlement procedure. The Parties could have foreseen submission to domestic or international arbitration, but the choice of a national forum could only lead to the jurisdiction of the...tribunals, since administrative jurisdiction cannot be selected by mutual agreement [...]. [T]he contentious-administrative jurisdiction cannot be selected or waived [...]" . El tribunal de *Salini Constructori S.P.A e Italstrade S.A. vs. Marruecos*, por su parte, sostuvo que: "As the jurisdiction of the administrative courts cannot be opted for, the consent to ICSID arbitration jurisdiction...shall prevail over the consent of Article 52 of the CCAG, since this Article cannot be taken to be a clause truly extending the scope of jurisdiction and covered by the principle of the Parties' autonomy". Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre jurisdicción del 23 de julio de 2001, 42 ILM 609, 2003, par. 27.

43. *Ibid.*

44. *Société Générale de Surveillance S.A. vs. Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre jurisdicción del 29 de enero de 2004, par. 138: "In accordance with general principle, courts or tribunals

Con la llegada de este caso la discusión tomó otro rumbo. El tribunal se planteó la interrogante desde otra perspectiva: ¿Puede un inversionista acudir a una instancia arbitral pactada en un tratado no obstante la existencia de una cláusula contractual que prevé un foro distinto –al menos para reclamos contractuales?

La respuesta del tribunal fue negativa porque (i) en virtud del principio *maxim generalia specialibus non derogant*, una cláusula específica de un contrato debe prevalecer sobre una general de un tratado; es decir, “no se presume que tal estipulación general tenga por efecto invalidar las estipulaciones específicas de contratos particulares que han sido negociados libremente por las partes”⁴⁵; y (ii) “los acuerdos de protección de inversiones, como tratados marco, no tienen la intención de superponerse o reemplazar a los acuerdos existentes y negociados entre un Estado y un inversionista, sino de complementarlos y darles soporte”⁴⁶.

La visión del tribunal de *SGS vs. Filipinas* fue, a su vez, de cierta manera refutada por otros tribunales como el del caso *Siemens vs. Argentina* que consideró que tanto las alternativas de resolución de conflictos de un tratado como las de un contrato podrían subsistir, sin ser exclusivas⁴⁷. Este pensamiento coincide

should respect such a stipulation in proceedings between those parties, unless they are bound ab initio, i.e., by some other law; not to do so. Moreover it should not matter whether the contractually-agreed forum is a municipal court [...] or domestic arbitration...or some other form of arbitration, e.g., pursuant to the UNCITRAL or ICC Rules”.

45. *Société Générale de Surveillance S.A. vs. Filipinas*, *Ibid.*, par. 141. Traducción del autor de su versión original: “It is not presumed that such a general provision has the effect of overriding specific provisions of particular contracts, freely negotiated between the parties. Este criterio no está exento de críticas, pues, para otros, el acuerdo arbitral basado en un tratado es más específico que uno contractual: “The Tribunal’s reasoning ignores the fact that the dispute settlement clause in the BIT is merely a standing offer to investors. By accepting that offer an investor perfects a specific arbitration agreement...It follows that the ICSID arbitration agreement is the more specific one”. SCHREUER, Christoph. “Calvo’s Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration”. En: *The Law and the Practice of International Courts and Tribunals*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2005, p. 10.
46. *Ibid.*, Traducción del autor de su versión original: “[...] an investment protection agreement as a framework treaty, [is] intended by the State parties to support and supplement, not to override or replace, the actually negotiated investment arrangements made between the investor and the host State”. Véase también el par. 153: “The Tribunal cannot accept that standard BIT jurisdiction clauses automatically override the binding selection of a forum by the parties to determine their contract claims”.

con el del árbitro (parcialmente) disidente en el caso *SGS vs. Filipinas*, quien además señaló que, en estos casos, el actor tiene el derecho de seleccionar entre los foros alternativos⁴⁸. Se debe advertir, empero, que estos razonamientos están ligados a los que han sustentado la conocida dicotomía entre reclamos contractuales y reclamos basados en un tratado⁴⁹; tema que no será abordado en este ensayo.

3.2 Preeminencia de la Autonomía de la Voluntad

El principio de la autonomía de la voluntad ha tenido importancia para los tribunales al momento de analizar (al menos indirectamente) la renuncia de derechos.

La primera decisión que amerita ser mencionada es la del tribunal de anulación del caso *Vivendi*, que, al tiempo de sostener que una cláusula de selección de foro local “no afectaba la jurisdicción del tribunal con respecto a una reclamación basada

47. *Siemens A.G. vs. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre jurisdicción del 3 de agosto de 2004, par. 181. Este punto de vista es compartido por SCHREIER quien propone que “[a] better approach might be to abandon the idea of mutually exclusive competences. The jurisdictions of international tribunals and of domestic courts do not necessarily ‘override’ or ‘replace’ one another”. SCHREIER, Christoph. “Calvo’s Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration”. En: *The Law and the Practice of International Courts and Tribunals*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2005, p. 11.

48. “It is my understanding that the most significant advantage which, in practice, is granted by a BIT to foreign investors is, precisely, the right to select, amongst the alternative forums made available by the BIT, the forum that the investor deems the most suitable to him after that the elements of fact or law of the dispute have become clear”. *Société Générale de Surveillance S.A. vs. Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Declaración suplementaria del árbitro Antonio Crivellaro, 29 de enero de 2004, par. 5.

49. Por ejemplo, el tribunal del caso *Vivendi* sostuvo que una cláusula que contenía la selección de las cortes de Tucumán como foro exclusivo para resolver disputas no constituía una renuncia del inversor a la opción de arbitraje internacional bajo un tratado porque, *inter alia*, los reclamos presentados por las demandantes no se encontraban fundamentados en un contrato sino en un tratado. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Compagnie Générale des Eaux vs. Argentina*, Caso Cielo No. ARB/97/3, Laudo de 21 de noviembre de 2000, par. 53. Sin embargo, el Comité Ad-hoc de anulación de este caso sostuvo que los reclamos contractuales estarían *prima facie* dentro del alcance del TBI y, por tanto, un tribunal arbitral tendría competencia para decidir también sobre estos reclamos. El Comité también mencionó que “el hecho de que el Contrato... remita las diferencias contractuales a los tribunales en lo contencioso-administrativo de Tucumán no afectaba la jurisdicción del Tribunal con respecto a una reclamación basada en las disposiciones del TBI”. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) vs. Argentina*, Decisión de anulación, 3 de julio de 2002, par. 55 y 98.

en las disposiciones del TBI”, afirmó que “[l]a Cláusula...del Contrato...no pretendía expresamente excluir la jurisdicción de un tribunal internacional que deriva del...TBI, y cuando muy menos, una indicación clara de excluir dicha jurisdicción sería necesaria”⁵⁰.

En consecuencia, parecería que si las partes hubieran pactado claramente que la selección de un foro local excluía la jurisdicción del CIADI, el tribunal habría considerado tal voluntad como una renuncia válida.

Posteriormente, en una decisión que hasta el momento es la más concluyente sobre el tema, el tribunal del caso *Aguas del Tunari vs. Bolivia*, haciendo referencia a la opinión de OLE SPIERMANN, sostuvo que:

“[...] si las Partes hubieran acordado claramente la renuncia a la jurisdicción del CIADI, esa renuncia sería eficaz. Dado que parece claro que las partes de un arbitraje CIADI podrían convenir mutuamente en un mecanismo diferente al CIADI para la resolución de sus controversias, parecería que un inversionista puede también renunciar a su derecho de invocar la jurisdicción del CIADI”⁵¹.

Pese al lenguaje condicional utilizado, la posición del tribunal es evidente. Lamentablemente, a nuestro criterio, su eficacia como precedente se ve mermada por el hecho de que el tribunal, dadas las características de la disputa, no necesitaba llegar a tal conclusión. Tanto es así, que el párrafo citado concluye advirtiéndolo: “[n]o obstante, el Tribunal no tiene por qué pronunciarse sobre este tema en el caso de autos”.

Por último, el tribunal del caso *Occidental vs. Ecuador*, siguiendo la línea del caso *Aguas del Tunari S.A. vs. Bolivia*, advir-

50. Énfasis añadido. *Ibid.*, par. 76. La versión en inglés de la decisión aclara el lenguaje de esta última frase: “[...] at the very least, a clear indication of an intention to exclude that jurisdiction would be required”.

51. Énfasis del autor. *Aguas del Tunari S.A. vs. Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre jurisdicción del 21 de octubre de 2005, par. 118.

tió que «[e]l Tribunal no interpretará una cláusula ambigua como una renuncia implícita a la jurisdicción del CIADI; el silencio, en tal sentido, no es suficiente.’ Esta advertencia es pertinente en el presente caso, y este Tribunal la adopta»,⁵² agregando que:

“Si las partes hubieran tenido la intención de excluir las diferencias de caducidad del arbitraje del CIADI y conferir competencia exclusiva a los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos muy fácilmente podrían haberlo hecho, utilizando un texto similar al que aparece en las disposiciones arriba citadas [...]”⁵³.

Entonces, aparentemente este tribunal también hubiera aceptado como válida una renuncia a la jurisdicción del CIADI si su lenguaje hubiese sido inequívoco⁵⁴.

4. CONCLUSIONES

Se deja expuesta en esta investigación la complejidad del denominado derecho de inversión, donde confluyen y deben acoplarse el derecho internacional público y el privado.

Las nuevas situaciones del comercio internacional y las recurrentes relaciones entre entes privados e instituciones estatales, hacen manifiesta la necesidad de que el derecho internacional se adapte a ellas, conjugando equilibradamente los intereses internacionales, estatales y privados en juego. Para ello, parecería prudente alejarse de la rígida dicotomía entre el derecho internacional público y el privado y admitir la existencia, al menos en ciertas áreas, de sistemas híbridos, en evolución.

52. *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company vs. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre competencia del 9 de septiembre de 2008, par. 72.

53. *Ibid.*, par. 81.

54. Cabe mencionar que este tribunal, para alcanzar tales conclusiones, se alejó de la línea de otros tribunales que analizaron *in extenso* la naturaleza de los reclamos y el efecto de una cláusula de selección de foro local sobre la jurisdicción de un tribunal CIADI, pues su análisis se circunscribió más bien a interpretar el texto del contrato donde no encontró una renuncia expresa a la jurisdicción del CIADI.

Pese a la novedad del tema, es decidora la posición de la jurisprudencia y doctrina sobre la capacidad directa que tienen los particulares de ejercer derechos y cumplir obligaciones emanados del derecho internacional. Parecería, de hecho, que lo que expuso KELSEN hacia varias décadas recobra vigencia:

“Es al hombre a quien se dirige las normas del Derecho internacional; es contra el hombre que se dirige la coacción; es a los hombres a los que encomienda el cuidado de crear el orden [...] Existen normas del Derecho internacional que determinan o rigen directamente al individuo”⁵⁵.

Y, precisamente, una manera de hacer uso de esa facultad de disposición, como lo aclaró el tribunal de *Waste Management vs. México*, es extinguir un derecho de manera voluntaria y unilateral, mediante una renuncia, sujeto siempre a los límites del derecho y orden público internacionales.

La renuncia de derechos y la simultánea selección de un foro arbitral pactadas en las disposiciones transcritas en la Introducción, parecerían pasar el test basado en la jurisprudencia existente, salvo el filtro del orden público internacional sobre el cual aún son necesarias más claridad y reflexión.

En el ámbito del arbitraje CIADI, existen decisiones que, a pesar no haber abordado (o debido abordar) directamente las renunciaciones en estudio, se inclinan a considerarlas válidas, haciendo uso de la teoría de los derechos directos. Debemos señalar, sin embargo, que éstas aún no conforman un cuerpo sólido y uniforme sobre la materia, por lo que bien podrían ser rebatidas en futuros casos.

55. Cabe mencionar que este tribunal, para alcanzar tales conclusiones, se alejó de la línea de otros tribunales que analizaron *in extenso* la naturaleza de los reclamos y el efecto de una cláusula de selección de foro local sobre la jurisdicción de un tribunal CIADI, pues su análisis se circunscribió más bien a interpretar el texto del contrato donde no encontró una renuncia expresa a la jurisdicción del CIADI.

56. KELSEN, Hans. Curso dictado en la Academia de Derecho Internacional de la Haya. En: *Recueil des Cours*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1932, p. 143.

En lo personal, creemos que los tribunales deben poner especial atención a la voluntad de las partes en virtud del carácter consensual del arbitraje. De no encontrar normas positivas o razones de orden público internacional suficientes para limitar la facultad de los particulares de disponer de sus derechos, las renunciaciones libremente pactadas y encaminadas a extinguir tales derechos deberían ser respetadas.

3. Sección de

Ensayos y Doctrina

Reconocimiento y ejecución de LAUDOS EXTRANJEROS anulados: Tendencias globales

*Aníbal Sabater M.
Efrén C. Olivares¹*

SUMARIO

1. Introducción. 2. La (no) ejecución de laudos extranjeros anulados. 3. Ejecución den caso de laudos extranjeros múltiples y contradictorios. 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

La Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (la "Convención") –actualmente en vigor en más de 140 países– tiene como objetivo facilitar el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en los Estados contratantes. Para lograr ese objetivo, la Convención establece, entre otras cosas, siete motivos tasados por los que se puede denegar la ejecución de un laudo extranjero. Sin embargo, la Convención no contiene ninguna norma que establezca los motivos por los cuales se puede anular o denegar la ejecución de un laudo doméstico (o local). Ésta es una cuestión que, en principio, cada Estado con-

1. Aníbal Sabater (asabater@fulbright.com) es socio en la oficina de Houston de la firma Fulbright & Jaworski L.L.P. Efrén C. Olivares (colivares@fulbright.com) es abogado asociado en la misma oficina. Ambos se dedican profesionalmente al arbitraje internacional. Las opiniones expresadas en este artículo son exclusivamente de los autores y no se corresponden necesariamente con las de otros abogados de su firma. Los autores están a disposición de los lectores que deseen comentar o debatir el contenido de este artículo.

tratante puede regular libremente. Así, un Estado contratante puede permitir que un laudo doméstico (o sea: un laudo emitido dentro de su territorio) sea anulado por cualquier razón libremente establecida en sus leyes de arbitraje o por la jurisprudencia de sus cortes y tribunales nacionales.

Esta libertad de la que gozan la mayoría de los Estados para gestionar la ejecución y anulación de laudos locales ha generado dos asuntos de interés relacionados con la Convención. Primero, ¿permite la Convención que se ejecute un laudo después de que haya sido anulado en su país de origen? Segundo, ¿cómo deben tratar las cortes de justicia a los laudos que, después de ser ejecutados en el extranjero, resultan anulados o reemplazados en su país de origen? (Siguiendo el texto del artículo V(1)(e) de la Convención, la frase "país de origen" se emplea en estas páginas para referirse al "país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia".)

El artículo V(1)(e) de la Convención da algunas indicaciones que sientan las bases para responder a estas interrogantes. Según este artículo, "se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia [arbitral]" si la parte frente a la que se dirige la solicitud de reconocimiento y ejecución prueba "[q]ue la sentencia [arbitral] no es aún obligatoria para las partes o ha sido anulada o suspendida por una autoridad competente" en su país de origen.

2. LA (NO) EJECUCIÓN DE LAUDOS EXTRANJEROS ANULADOS

En la práctica, la frase "se podrá denegar" es crítica para la interpretación del artículo V(1)(e). Para algunos especialistas, el hecho de que el artículo utilice el término potestativo "podrá" –y no el imperativo "habrá de" o "deberá"– significa que los Estados contratantes tienen la facultad, pero no la obligación, de

denegar el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros anulados en su país de origen².

En la práctica, algunos juzgados han compartido este punto de vista. Así sucedió, por ejemplo, en 1996 en el llamado "caso Chromalloy" (*Matter of Arbitration Between Chromalloy Aeroservices, A Division of Chromalloy Gas Turbine Corp. and The Arab Republic of Egypt*, 939 F.Supp. 907 (D.D.C. 1996)). Chromalloy, una corporación estadounidense, celebró en 1998 un contrato con Egipto para la prestación de servicios a los helicópteros de la Fuerza Aérea Egipcia. A finales de 1991 Egipto anunció que daba por terminado el contrato. A continuación, y de conformidad con el contrato, se inició en El Cairo un arbitraje, en el que Chromalloy obtuvo un laudo favorable. Posteriormente, Egipto impugnó el laudo ante la Corte de Apelación de Egipto, mientras Chromalloy intentaba ejecutarlo en una Corte Federal de Distrito de Estados Unidos³. La Corte egipcia suspendió y a la postre anuló el laudo porque, según la Corte, los árbitros habían aplicado incorrectamente el derecho civil en lugar del derecho administrativo egipcio. Egipto pidió a continuación la desestimación de la acción de ejecución que aún estaba pendiente en Estados Unidos.

En su fallo, la Corte de Distrito estadounidense afirmó que el artículo V(1)(e) le confería discrecionalidad para decidir si ejecutaba o no un laudo extranjero anulado. La Corte de Distrito también analizó el artículo VII de la Convención, que establece que

"Las disposiciones de la presente Convención no... privarán a ninguna de las partes interesadas de cualquier derecho

2. *See* PAINSSON, Jan, "May or Must Under the New York Convention: An Exercise in Syntax and Linguistics". En: *Arbitration International*, 1998, Vol. 14.2, p. 229.
3. El sistema judicial federal estadounidense está compuesto, en términos generales, por cortes de distrito, de circuito, y la Suprema Corte. Las cortes de distrito son de primera instancia, y cada entidad federativa cuenta con uno o más distritos (e.g., el Distrito del Este de Nueva York, el Distrito del Sur de California, etc.). Las cortes de circuito son cortes de apelación. Existen doce circuitos (once, más la Corte del Circuito de Washington, D.C.), y están organizadas geográficamente sin que ningún circuito sea superior a otro. Los fallos de las cortes de circuito pueden apelarse a la instancia final, la Suprema Corte de los Estados Unidos.

que pudiera tener a hacer valer una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación ... del país donde dicha sentencia se invoque”.

Basándose en el artículo VII, la el juzgado estadounidense concluyó que el reconocer y dar efecto a la anulación del laudo ordenada por la Corte egipcia –y, por tanto, el denegar la ejecución del laudo egipcio– sería una decisión contraria al arbitraje como tal y, por lo tanto, a los principios generalmente aplicados por las cortes estadounidenses. Después de llevar a cabo un extenso análisis de la sentencia dictada por la Corte egipcia, el juzgado estadounidense también concluyó que la defectuosa aplicación del derecho egipcio en el laudo, de haberse realmente producido, no estaba sujeta a revisión por las cortes egipcias, era irrelevante a efectos prácticos y no debería llevar a un cambio en el fallo o resolución contenida en el laudo. Por último, la Corte de Distrito hizo énfasis en que Egipto había incumplido su acuerdo contractual de no apelar la sentencia arbitral. Por estas razones, la Corte falló que la decisión egipcia anulando el laudo no tenía efecto de cosa juzgada. El laudo original de los árbitros a favor de Chromalloy fue, así pues, confirmado y ejecutado en los Estados Unidos.

La decisión judicial estadounidense en el caso de Chromalloy fue recibida con cierta polémica⁴ y ha sido cuestionada hasta el punto de que, en varios casos posteriores los juzgados de Estados Unidos, han rechazado la posibilidad de ejecutar laudos extranjeros anulados. En el caso *Baker Marine*, por ejemplo, el Segundo Circuito denegó la ejecución de un laudo arbitral que había sido anulado en Nigeria, la sede del arbitraje (*Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd.*, 191 F.3d 194 (2d Cir. 1999)). En el centro de la controversia en *Baker Marine* estaba un contrato que estipulaba que Baker Marine y Danos habían de prestar ciertos servicios marítimos a Chevron en Nigeria. De

4. Ver, e.g., GIBRANI, H.G. “The Legal Inconsistencies of Chromalloy”. En: *Macleys International Arbitration Report*, mayo de 1997, p. 21; PAULSSON, Jan. “Rediscovering the N.Y. Convention: Further Reflections on Chromalloy”, En: *Macleys International Arbitration Report*, abril de 1997, p. 26.

acuerdo con la cláusula arbitral, las partes iniciaron el procedimiento de arbitraje en Lagos, Nigeria, bajo las reglas de arbitraje de la CNUDMI/UNCITRAL y la ley de Nigeria.

Baker Marine obtuvo dos laudos favorables en contra de Chevron y Danos, y posteriormente intentó ejecutar ambos ante la Corte Superior Federal de Nigeria, que anuló ambos por considerarlos contrarios al derecho nigeriano. Entre otras cosas, la Corte nigeriana afirmó que el laudo contra Danos no tenía fundamentos probatorios y que la indemnización punitiva contenida en el laudo contra Chevron era inapropiada. A continuación, y a pesar de su anulación en el Estado de origen, Baker Marine intentó ejecutar los laudos en una Corte Federal en Nueva York. La Corte federal, sin embargo, denegó la ejecución de los laudos basándose en principios de igualdad o paridad internacional, los cuales, según la Corte, requieren que se respete la decisión de la autoridad judicial competente en la sede del arbitraje.

Baker Marine apeló el fallo. En segunda instancia, el Segundo Circuito explicó las razones por las que consideraba que *Baker Marine* era un caso distinto a –y que no podía ser resuelto igual que– *Chromalloy*. Entre otras razones, para el Segundo Circuito, en *Baker Marine* (a diferencia de en *Chromalloy*) las partes no habían renunciado a impugnar el laudo. Además, la Corte del Segundo Circuito rechazó que tuviera la potestad de revisar el derecho nacional nigeriano y de verificar el modo en el que éste había sido aplicado por el juzgado nigeriano que anuló el laudo (en *Chromalloy*, la corte estadounidense había afirmado exactamente lo contrario). Además, la Corte del Segundo Circuito afirmó que, dado que Baker Marine no había expuesto motivos de entidad para no acatar el fallo de la Corte nigeriana, la anulación del laudo en Nigeria debía de ser respetada. En vista de todo lo anterior, el Segundo Circuito confirmó el fallo de la Corte de Distrito que denegaba la ejecución del laudo en Estados Unidos.

Al día de hoy, la solución adoptada en *Baker Marine* parece haber ganado terreno en las cortes estadounidenses, mientras que *Chromalloy*, al parecer, sigue siendo la excepción.

Recientemente, una Corte del Circuito de Washington, D.C. aplicó el razonamiento del caso *Baker Marine* para resolver el llamado "caso *TermoRío*" (*TermoRío S.A. E.S.P. v. Electranta S.P.*, 487 F.3d 928 (D.C. 2007), cert. denied, 128 S.Ct. 650 (2007)). Electranta, una empresa paraestatal colombiana, acordó comprar energía eléctrica a TermoRío de conformidad con lo dispuesto en un contrato de suministro de energía eléctrica. Después de que Electranta supuestamente incumpliera con sus obligaciones, las partes iniciaron un arbitraje en Colombia bajo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional ("CCI"), según se estipulaba en el contrato. El Tribunal emitió su laudo a favor de TermoRío. Posteriormente, Electranta lo impugnó en los tribunales colombianos. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de Colombia anuló el laudo sosteniendo que éste violentaba el derecho colombiano, ya que no permitía explícitamente el arbitraje bajo las reglas de la CCI—o, en realidad, bajo ningún otro tipo de arbitraje internacional institucional— a la fecha del contrato.

Al igual que en *Baker Marine*, TermoRío intentó ejecutar el laudo en una Corte Federal de Estados Unidos. La Corte desestimó la acción. En el subsecuente recurso de apelación, la Corte de Circuito de Washington, D.C. resolvió que, de un lado, el laudo había sido "anulado conforme a derecho, por el país donde éste fue emitido"⁵ y, de otro y en consecuencia, procedía desestimar, al amparo del artículo V(1)(e) de la Convención, la acción de ejecución presentada por TermoRío: "[N]o existe laudo arbitral ... si éste ha sido anulado conforme a derecho por la autoridad competente en el Estado donde éste fue emitido. Este principio controla la resolución de este caso"⁶. Aun así, la Corte estadounidense que resolvió el caso

5. "[L]awfully nullified, by the country in which the award was made". Todas las traducciones son de los autores.

6. "An arbitration award does not exist ... if it has been lawfully 'set aside' by a competent authority in the State in which the award was made. This principle controls the disposition of this case".

TermoRío reconoció el precedente sentado por *Chromalloy* y aceptó que existe un “fino manto de orden público sobre el Artículo V(1)(e),”⁷ que permitiría ordenar la ejecución de un laudo extranjero si éste ha sido anulado en su país de origen por razones que ofenden las nociones fundamentales de decencia y de justicia. En otras palabras: aunque el fallo en los tres asuntos pudiera diferir, las cortes estadounidenses parecen haber aceptado en *Chromalloy*, *Baker Marine* y *TermoRío* que la anulación de un laudo en su país de origen no acarrea necesaria e ineludiblemente la anulación del laudo y está sujeta a revisión y escrutinio en el país extranjero en el que se trata de ejecutar el laudo.

Poco tiempo después del fallo en *TermoRío*, una corte en Rubí, España, intentó definir las circunstancias en las que se puede ejecutar un laudo, cuando éste haya sido anulado en su país de origen. En concreto, la Corte de Primera Instancia No. 3 de Rubí tuvo que pronunciarse sobre la petición de la parte perdedora en un arbitraje CCI para que se denegara la ejecución de un laudo en España. El laudo había sido dictado en París y se encontraba impugnado en Francia. Según la parte perdedora en el arbitraje, esta circunstancia debía llevar a que el Juzgado de Rubí o bien denegara –de acuerdo con el artículo V(1)(e) de la Convención– la petición de ejecutar el laudo en España, o bien suspendiera –bajo el artículo VI de la Convención– la ejecución del laudo mientras se resolvía el recurso de anulación pendiente ante las cortes francesas. La Corte de Rubí, sin embargo, rechazó ambas peticiones.

Según la Corte de Rubí, la anulación de un laudo en la sede del arbitraje podría impedir su reconocimiento bajo el artículo V(1)(e) sólo si la anulación está basada en cuestiones jurisdiccionales o en una violación grave al debido proceso. Al determinar que ninguno de estos puntos estaba en controversia en el procedimiento en Francia, la Corte de Rubí ordenó el reconocimiento y ejecución del laudo impugnado en Francia⁸.

7. “[N]arrow public policy gloss on Article V(1)(e)”.

Además, la Corte de Rubí recordó la importancia del artículo 9 del Convenio Europeo de 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional (el "Convenio Europeo"). Este artículo –como recordó el Juzgado de Rubí– suplementa, en el ámbito europeo, al artículo V(1)(e) de la Convención. De acuerdo con el artículo 9 del Convenio Europeo, la anulación de un laudo arbitral en el país sede del arbitraje "constituirá causa de denegación en lo referente al reconocimiento o ejecución ... sólo" por las razones enumeradas en los incisos (1)(a)-(d) de este artículo (se le añadió el énfasis). Esas razones enumeradas en los incisos (1)(a)-(d) son muy semejantes a los motivos de denegación de la homologación del laudo extranjero establecidas en el artículo V de la Convención⁸. Así pues, en Europa, un laudo anulado por motivos distintos de los previstos en el artículo 9 del Convenio Europeo, puede ser ejecutado en el extranjero. En contraste con el Convenio Europeo, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (la "Convención de Panamá") no contiene una disposición que permita alcanzar este resultado y, en su lugar, adopta el texto aparentemente discrecional del artículo V(1)(e) de la Convención de Nueva York, según el cual la corte de turno "podrá" denegar la ejecución si el laudo ha sido anulado en la ciudad o el país sede (Convención de Panamá, artículo 5(1)).

8. *Ver "The Enforcement of Annulled Foreign Awards: Worldwide Trends". En: Fuhrberg & Jurewicz's International Arbitration Report 2008(2), página 9; SABATER MARTÍN, Aníbal, La eficacia en España de los laudos arbitrales extranjeros, Madrid: Editorial Tecnos, 2002 (citado en el fallo de Rubí) "[N]arrow public policy gloss on Article V(1)(e)".*
9. "1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: (a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que le es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley u que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia; o (b) Que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro u del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa; o (c) Que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria; no obstante, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o (d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o del procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje...". Convención, artículo V(1)(a)-(d).

3. EJECUCIÓN EN CASO DE LAUDOS EXTRANJEROS MÚLTIPLES Y CONTRADICTORIOS

Para complicar aún más la jurisprudencia en torno al artículo V(1)(e) de la Convención, existe la posibilidad de laudos contradictorios. Ni la Corte en *TermoRío* ni la de Rubí contemplaron esta posibilidad, que consiste en que el laudo sea anulado o reemplazado en su país de origen, pero después de que haya sido completamente ejecutado en el extranjero. Esto fue precisamente lo que sucedió en el llamado "caso *Hilmarton*", en el que un laudo suizo fue anulado y reemplazado por otro incompatible con él después de que el primer laudo hubiera sido plenamente ejecutado en Francia. Cuando se produce una situación así, las cortes se enfrentan el dilema de reconocer el segundo laudo y anular todo lo relativo a la ejecución del primero, o respetar el reconocimiento y ejecución del primero, bajo el principio de la cosa juzgada.

ALBERT JAN VAN DEN BERG anticipó este problema en 1981 en sus comentarios a la Convención: "*Si ocurriese una anulación subsecuente, pareciera razonable cancelar la orden que concedió la ejecución [del laudo]. La cuestión tendría que resolverse en base a lo dispuesto por el artículo III de la Convención bajo la ley procesal del país donde se otorgó la ejecución*"¹⁰. De hecho, así es como la ley de arbitraje de Alemania de 1998 ha resuelto el problema: autorizando a las cortes de justicia a denegar la ejecución de un laudo extranjero previamente reconocido si éste ha sido anulado en su país de origen después de su reconocimiento en el extranjero (§ 1061(3) *ZPO Ausländische Schiedssprüche*).

Sin embargo, en Francia, la Corte Suprema ha tomado una postura distinta en los casos *Hilmarton* (1994) y *Rena Holding* (2007). En ambos casos, la Corte francesa rehusó "cancelar" la

10. "If a subsequent setting aside occurs, it would seem to be reasonable to cancel the order by which enforcement is granted. The question would seem to have to be solved by virtue of Article III of the Convention under the law of the procedure of the country where enforcement is granted".

ejecución del primer laudo, a pesar de que éste hubiera sido anulado en su país de origen.

En *Hilmarton, OTV*, la parte vencedora en un primer arbitraje en Suiza, logró ejecutar el laudo en Francia luego de que éste había sido revocado por una corte suiza y de que la corte suiza hubiera ordenado al tribunal que dictara un nuevo laudo¹¹. Cuando el tribunal arbitral suizo emitió un segundo laudo en el mismo caso, esta vez a favor de Hilmarton, Hilmarton trató de ejecutarlo en Francia. La Corte de Apelación de Versalles reconoció el segundo laudo¹², pero, a continuación, la Corte Suprema de Francia revocó la decisión de Versalles y falló que el primer laudo tenía efecto de cosa juzgada (*res iudicata*), lo cual hacía improcedente el reconocimiento y ejecución del segundo¹³.

Recientemente, la Suprema Corte de Francia adoptó una solución similar en el caso de *Rena Holding (PT Putrabali Adyamulia v. Rena Holding)*, 29 de junio de 2007, casos nos. 06-13.293 y 05-18.053). La empresa indonesia PT Putrabali le había vendido especias a la sociedad francesa Société Est Epices (que luego se convertiría en Rena Holding). Las especias se perdieron en altamar a causa de un choque entre buques. Rena rehusó pagar por las especias, y Putrabali inició procedimiento de arbitraje en Londres ante la Asociación General Internacional de Productos Alimenticios (*International General Produce Association*).

Rena se impuso en este primer arbitraje. Sin embargo, un juez en Inglaterra revocó parcialmente el laudo y lo reenvió al tribunal arbitral. Posteriormente, el tribunal emitió un segundo laudo, esta vez a favor de Putrabali, ordenando que Rena Holding efectuara el pago. Para entonces, sin embargo, Rena Holding ya había conseguido ejecutar el primer laudo en

11. *Société Hilmarton Ltd. v. Société OTV* (Cour de cassation, 23 de marzo de 1994), 1994 Revue de L'Arbitrage 327, traducido en XX Y.B. Com. Arb. 663 (1995).

12. *Société OTV v. Société Hilmarton* (Cour d'appel de Versailles, 29 de junio de 1995), traducido en XXI Y.B. Com. Arb. 524 (1996).

13. *Société OTV v. Société Hilmarton* (Cour de cassation, 1re Ch. Civ., 10 de junio de 1997), XXII Y.B. Com. Arb. 696 (1997).

Francia¹⁴. A la postre, la Corte Suprema de Francia consideró el segundo laudo no-ejecutable, ya que la ejecución del primero tenía efectos de cosa juzgada y preclusivos. La Corte Suprema afirmó que la ejecución del primer laudo en Francia era correcta y no debía ser modificada porque, según su parecer, los laudos arbitrales son autónomos y su destino no está anudado a las vicisitudes que atraviesen en el país de origen. La Corte Suprema francesa también afirmó que el artículo VII de la Convención (transcrito más arriba) habilita a las cortes francesas a aplicar el derecho interno francés cuando ese resultado es más favorable a la ejecución del laudo. Según la Corte Suprema francesa, el derecho interno francés no incluye la anulación en el país de origen entre los motivos para denegar su ejecución (artículo 1502 del *Nouveau Code de procedure civile*)¹⁵.

El fallo en *Rena Holding* se enfrenta a un problema que las cortes intentaron evadir en *Baker Marine* y *TermoRío*. Parte del razonamiento en *Baker Marine* (del que luego se hizo eco *TermoRío*) fue que “la aplicación mecánica del derecho arbitral nacional [del lugar de la ejecución] a los laudos extranjeros... atentaría seriamente contra la finalidad de éstos y produciría laudos contradictorios [con lo resuelto en el país de origen]”¹⁶.

Sin embargo, la aplicación del derecho arbitral nacional (que es lo que permitieron los jueces de ejecución en los casos *Hilmarton* y *Rena Holding*) no es la única manera de producir fallos contradictorios. Aún si las cortes del lugar de ejecución difieren la decisión sobre la validez y efectos del laudo a los jueces del país de origen, esto no resuelve el problema de la finalidad de los laudos, ya que éstos pueden ser anulados en el país sede del arbitraje con posterioridad a su ejecución en otro país.

14. *Société PT Putrabali Adyamulia v. SA Rena Holding et autre* (Cour d'appel de Paris, 1re Ch. Civ., 31 de marzo de 2005), 2005 Revue de L'Arbitrage, No. 3, p. 792.
15. *Société PT Putrabali Adyamulia v. Société Rena Holding et Société Muganlia Est Epicea* (Cour de cassation, 29 de junio de 2007, casos nos. 06-13.293 y 05-18.053), 2007 Revue de L'Arbitrage No. 3, p. 645.
16. “[M]echanical application of domestic arbitral law to foreign awards under the Convention would seriously undermine finality and regularly produce conflicting judgments”.

4. CONCLUSIÓN

Las cortes pueden insistir en que la decisión sobre si un laudo existe y es ejecutable corresponden en exclusiva a los jueces del país de origen y debe ser necesariamente acatada por todos los jueces extranjeros de ejecución. En su defecto, se puede reconocer que es posible que existan pronunciamientos contradictorios en distintos países sobre la validez y ejecución de un laudo. Ninguna solución está exenta de dificultades prácticas. En todo caso, las partes en un contrato deben considerar muy cuidadosamente la sede del arbitraje en su cláusula arbitral, ya que ésta puede llegar a tener consecuencias importantes a la hora de ejecutar un laudo.

La no ejecución de un Laudo Arbitral Comercial Internacional como expropiación indirecta

James A. Graham*
Carlos Treviño Vives**

SUMARIO

1. Introducción 2. existencia de una decisión arbitral en el contexto internacional. 3. existencia de una expropiación indirecta en el caso de no-respeto de un laudo internacional. 4. conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

Desde hace tiempo se ha presentado la interrogante de si una decisión judicial o arbitral desfavorable podría ser constitutiva de una expropiación indirecta bajo el amparo de la Convención de Washington, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) o un Tratado Bilateral de Protección de Inversión Extranjera (BIT). El hecho es que varios Estados, no obstante sus obligaciones bajo los tratados internacionales, se aprovechan de sus tribunales locales para impedir o dificultar el proceso arbitral, en particular vía *antisuit injunctions*¹, o para anular los laudos. La consecuencia directa es que la

- * Socio de Lobo & Graham y Asociados SC. Presidente de la Academia de Derecho Internacional de la Universidad de Monterrey; miembro del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Graham@lobo-graham.com
- ** Asociado de Lobo & Graham y Asociados SC. Trevino@lobo-graham.com

parte actora se ve frustrada en su expectativa de obtener la indemnización reclamada. Tal es particularmente la situación en materia de inversión extranjera. Por lo tanto, no es sorprendente ver a los afectados sostener que las mencionadas situaciones son nada más y nada menos que expropiaciones indirectas.²

Ahora bien, el concepto de expropiación indirecta implica que hay propiedad a expropiar. ¿Una decisión judicial o arbitral puede ser considerada como una propiedad? La tendencia en el derecho comparado es en el sentido positivo. Es así que en el asunto *Saipem*,³ el Tribunal Arbitral consideró que la no-ejecución de un laudo arbitral por el Estado receptor de inversión es constitutiva de una expropiación, citando varias otras decisiones internacionales en este sentido. En otras palabras, los derechos derivados de las decisiones judiciales o arbitrales son propiedad susceptible de ser expropiada.⁴

Si el laudo se puede considerar como propiedad, aun falta el argumento para considerarlo como una inversión. Ahí también es menester citar el asunto *Saipem*, en el cual en realidad el Tribunal Arbitral no contestó directamente, sino consideró que el laudo es la consecuencia de un entorno contractual que, visto en su conjunto, es una inversión extranjera:⁵

113. The Tribunal agrees with Bangladesh that the rights arising out of the ICC Award arise only indirectly from the investment. Indeed, the opposite view would mean that the

1. GAILLARD, EMMANUEL. "Anti-suit injunctions et reconnaissance des sentences rendues au siege: une evolution remarquable de la jurisprudence americaine" En: *Journal du Droit International*. Paris, 2003, p. 1105; GAILLARD, EMMANUEL. "Anti-suit injunctions issued by arbitrators". En VAN DER BERG, ALBERT *International arbitration 2006: Back to the basic*. 1a edición, Paris: ICCA, 2007, p. 235.
2. Sobre la problemática: MOURRE, ALEXIS. "La responsabilidad del Estado por incumplimiento de su obligación de ejecutar un laudo extranjero". En SOTO, CARLOS. *El arbitraje en el Perú y en el mundo*. 1ª edición. Lima: Editora Juridica, 2008, p. 574.
3. *Saipem SpA vs The People's Republic of Bangladesh*. Decisión sobre la jurisdicción ARB/05/07, 21/3/07 (Kaufmann Kohler, Schreuer, Otton).
4. *Ibidem*.
5. Sobre las múltiples apreciaciones en relación con la noción de inversión, véase YALA, FAROUK. "La notion d'investissement dans la jurisprudence du CIRDI". En LEBEN, CHARLES. *Le contentieux arbitral transnational relative a la investissement*. Paris: LGDJ, 2006, p. 281.

Award itself does constitute an investment under Article 25(1) of the ICSID Convention, which the Tribunal is not prepared to accept .

114. However, as already mentioned, the notion of investment pursuant to Article 25 of the ICSID must be understood as covering all the elements of the operation, that is not only the ICC arbitration, but also inter alia the Contract, the construction itself and the Retention Money.

Ahora bien, si está aclarado que el laudo puede ser parte de un entorno inversionista, se queda entonces la problemática de la nulidad del laudo pronunciada en el Estado receptor de la inversión. En efecto, si el Estado sede del arbitraje es también el Estado receptor, y que ha anulado un laudo, se abre la pregunta si éste laudo existe (2) por efectos de un procedimiento arbitral sobre inversión extranjera, y más precisamente su la decisión judicial de anular un laudo puede ser constitutivo de una expropiación indirecta (3).

2. EXISTENCIA DE UNA DECISIÓN ARBITRAL EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Es alrededor de la problemática si es posible o no ejecutar en un Estado un laudo que fue anulado en otro Estado (normalmente el Estado sede del arbitraje), que se ha intentado dilucidar cuál es la naturaleza de una decisión arbitral. Una corriente doctrinal fuerte aboga por establecer que el laudo tiene una existencia "subjetiva", en la medida que no hay existencia "objetiva" del laudo en el Estado sede del arbitraje y, por consecuencia, corresponde a cada Estado en donde se busca la ejecución decidir si reconoce o no la existencia del laudo. Tal postura puede sostenerse de la jurisprudencia de la Corte de casación francesa. El precedente histórico es el fallo francés *Hillmarton* que afirma esta posibilidad conforme al siguiente razonamiento.

...un laudo rendido en materia internacional en un Estado extranjero no queda integrado en el orden jurídico de ese Estado, y por tanto su existencia permanece no obstante su anulación en el Estado sede del arbitraje, y consecuentemente tiene que ser ejecutado, siempre y cuando su reconocimiento en Francia no sea contrario al orden público.⁶

Recientemente, la misma Corte francesa fue un paso más allá, estableciendo que: “un laudo arbitral no está integrado en ningún orden jurídico nacional”,⁷ y por lo tanto puede ser ejecutado con base en el derecho común más favorable que el Convenio Neoyorquino, no obstante el pronunciamiento de la nulidad del laudo en el Estado sede del arbitraje.

Sin embargo, la mencionada decisión *Putrabali* también agrega una calificación jurídica, estableciendo que un laudo (internacional) es una “decisión jurídica internacional”, cuya validez tiene que ser comprobada según la *lex fori* del Estado en donde se busca la ejecución. Este calificativo de “decisión judicial” implicaría entonces que un laudo tiene una existencia objetiva cuya realidad no se puede negar. Ahora bien, si una verdadera decisión judicial puede ser anulada por los tribunales superiores en donde se hizo el procedimiento, no cabe duda que ningún otro Estado puede ejecutar tal decisión, porque ya no existe. Por corolario, eso daría pauta a sostener que un laudo anulado en el Estado sede ya no podría ser ejecutado en otro país, y de esta forma se negaría la concepción subjetiva del laudo que tanto las decisiones *Hillmarton* como *Putrabali* parecen defender cuando sostienen que “un laudo no está integrado en cualquier orden jurídico nacional”. EMMANUEL GAILLARD intenta reconciliar ambos puntos al considerar que el laudo tiene una existencia objetiva en un “orden jurídico autónomo”, constituido por la “comunidad de todos los Estados” y a cada Estado corresponde

6. 23/3/94, Rev arb, 1985, 327. Para una crítica fuerte del derecho francés del arbitraje en relación con el concepto de la “autonomía”, véase KASSIS, ANTOINE. *L'autonomie de l'arbitrage commercial international*. Paris: L'Harmattan, 2005, pp 499 y ss.

7. El resultado es nuestro.

8. Civ. *Putrabali*, 29/6/2007. Versión en inglés, *Arbitration International*, 2008, p. 293.

subjetivamente reconocer o no tal orden jurídico.⁹ No es posible en el margen limitado de éste artículo disertar sobre una hipótesis tan compleja como lo es la de una posible existencia o no de tal "tercer orden jurídico",¹⁰ sino de reconocer que en una apreciación subjetiva, un laudo anulado puede ser una expropiación indirecta en materia de inversión extranjera, como se puede por ejemplo verificar en el asunto Saipem.

Saipem es una empresa italiana que en 1990 celebró un contrato con Petrobangla, una empresa estatal de Bangladesh, para realizar la construcción de un gasoducto. El proyecto estaba contemplado para terminarse en 1992, pero debido a la oposición de un sector de la población se demoró su finalización. Saipem y Petrobangla acordaron una extensión al plazo; sin embargo, atrasos significativos continuaron presentándose e hicieron surgir una controversia derivada de los costos adicionales del proyecto.

El aspecto central de la controversia fue la negativa de Petrobangla de pagar los costos adicionales que se alega se comprometió a pagar. Se inició un procedimiento de arbitraje siguiendo las reglas de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). En noviembre de 1997, Petrobangla inició procedimientos para revocar la autoridad del Tribunal Arbitral ante tribunales locales de Bangladesh, alegando mala conducta de los árbitros y violación a sus derechos procesales debido a la negación de distintas mociones que solicitaron. Ante esto, la Suprema Corte de Bangladesh resolvió restringir el acceso de Saipem al Tribunal Arbitral.

En abril 5 de 2000, las cortes locales revocaron la autoridad del Tribunal Arbitral,¹¹ sosteniendo que el arbitraje se había lle-

9. "The representations of international arbitration", *New York law journal*, 4 de octubre de 2007.

10. Para un resumen sobre esta cuestión, véase GAILLARD, EMMANUEL "Souveraineté et autonomie: réflexions sur les représentations de l'arbitrage international" En: *Journal du Droit International*, Paris, 2007, p. 1163.

11. «El Estado no puede escapar a su responsabilidad internacional por el argumento de que sus tribunales se pronunciaron en su favor. El juez del tratado elimina al juez del contrato. El derecho internacional vence al derecho nacional Véase GRAHAM, JAMES. "¿Dónde se queda la legítima expectativa de los Estados en los arbitrajes sobre inversión extranjera?" En *Revista Mexicana de Derecho de Derecho Internacional Privado*, 2004, p. 146.»

vado a cabo de forma inapropiada, y además se había apartado de la ley. En la sentencia se resolvió también que la negativa de admitir cierta evidencia y la exclusión de documentos fue lo que se tomó en cuenta para llegar a las conclusiones. Sin embargo, el Tribunal Arbitral decidió continuar con el procedimiento, mencionando que el reemplazo de los árbitros es jurisdicción exclusiva de la CCI y no de los tribunales locales de Bangladesh. En el laudo final, se resolvió que Petrobangla incumplió con sus obligaciones contractuales al no pagar la compensación por los trabajos adicionales realizados. Ante esto, Petrobangla decidió acudir a los tribunales judiciales para solicitar la nulidad del laudo, y el 21 de abril de 2004 la Suprema Corte de Bangladesh rechazó la solicitud de Petrobangla, argumentando que un laudo que no existe no es susceptible de ser ni anulado ni ejecutado. En efecto, el argumento de la jurisdicción local fue que la autoridad del tribunal arbitral ya había sido revocada con anterioridad.

En otras palabras, Bangladesh considera que la existencia del laudo depende única y exclusivamente de su orden jurídico si la sede es en ese país. Ahora bien, el tribunal arbitral no compartió esa visión, siguiendo así lo que se estableció en el fallo arbitral *Salini*.¹² Recordamos que en éste asunto los árbitros declararon:

127. For the reasons set out below, the finding of the tribunal on this issue is that an arbitral tribunal constituted in such circumstances has a discretion as to whether or not it should comply with such an order.

128. An international arbitral tribunal is not an organ of the state in which it has its seat in the same way that a court of the seat would be. The primary source of the Tribunal's powers is the parties' agreement to arbitrate. An important consequence of that is that the Tribunal has a duty *vis a vis* the parties to ensure that their arbitration agreement is not

12. *Salini Costruttori SPA vs The Federal Democratic Republic of Ethiopia*. Decisión sobre jurisdicción, 7/12/01 (Gallard, Bernardini, Bouni), *Revista Latinoamericana de Meditación y Arbitraje*, 2001, p.159. Para un comentario crítico de la decisión, véase SCHWARTZ, ERIC. "Do international arbitrators have a duty to obey the orders of courts at the place of the arbitration?" En *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*. ICC Publishing, 2005, p. 795.

frustrated. In certain circumstances, it may be necessary to decline to comply with to an order issued by the court of the seat, in the fulfillment of the Tribunal's larger duty to the parties.

129. Of course, this is not to say that a contract, including an arbitration agreement, has a validity that is independent of any legal order. Indeed, a contract derives its binding force from its recognition by one or more legal orders. However, an agreement to submit disputes to international arbitration is not anchored exclusively in the legal order of the seat of the arbitration. Such agreements are validated by a range of international sources and norms extending beyond the domestic seat itself.

138. ... The Tribunal owes a duty to the parties to ensure that their agreement to submit disputes to international arbitration is rendered effective even where that creates a conflict with the courts of the seat of the arbitration.

139. ... The fact remains that the law of the seat and the decisions of the courts of the seat are important factors that must be taken into account. The Tribunal would be slow to render an award that is likely to be set aside at the seat, taking into account the principle according to which the Tribunal must make every effort to render an enforceable award.

142. This does not mean, however, that the arbitral tribunal should simply abdicate to the courts of the seat the tribunal's own judgment about what is fair and right in the arbitral proceedings. In the event that the arbitral tribunal considers that to follow a decision of a court would conflict fundamentally with the tribunal's understanding of its duty to the parties, derived from the parties' arbitration agreement, the tribunal must follow its own judgment, even if that requires non-compliance with a court order.

143. To conclude otherwise would entail a denial of justice and fairness to the parties and conflict with the legitimate expectations they created by entering into an arbitration agreement. It would allow the courts of the seat to convert an international arbitration agreement into a dead letter, with intolerable consequences for the practice of international arbitration more generally.

144. This conclusion is consistent with principles that are already well established in international arbitration. In particular, it is clear from arbitral case law that the obligations to make every effort to render an enforceable award does not oblige an arbitral tribunal to render awards that are fundamentally unfair or otherwise improper. An arbitral tribunal should not go so far as to frustrate the arbitration agreement itself in the interest of ensuring enforceability. Such an outcome would be, to say the least, a paradox.

Como se puede desprender de lo anterior, a final de cuentas quien decide que hay arbitraje y que hay una decisión final es el propio tribunal arbitral, y consecuentemente un tribunal judicial local no puede "invalidar" un procedimiento arbitral, y tampoco considerar que si el procedimiento fue "invalidado" no existe por tanto un laudo. Sin embargo, nadie impugna el hecho que el Estado sede del arbitraje sí tiene la facultad de anular el laudo, pero sólo de manera subjetiva. Esto quiere decir que si por el Estado sede el laudo anulado ya no existe, los demás Estados son libres de constatar la existencia o no del laudo anulado. Esta problemática se cristalizó también en el caso Saipem. En efecto, Saipem sostuvo ante el tribunal arbitral del CIADI,¹³ que el hecho de que los tribunales de Bangladesh interfirieron de manera "ilegal" en el procedimiento arbitral CCI y que desconocieron la existencia del laudo, se hizo una "confiscación" de las sumas otorgadas a Saipem y consecuentemente había una confiscación indirecta:

129. According to Saipem, its case is based on Petrobangla's alleged unlawful disruption of the ICC arbitration, on the alleged interference by the domestic courts with the Arbitration, and on the *de facto* annulment of the ICC award. These acts allegedly deprived Saipem of the sums awarded to it by the ICC Award, and thus amount to an illegal expropriation in breach of Article 5 of the BIT

13. Sobre el funcionamiento del CIADI, *cfr.* RODRÍGUEZ JIMÉMEZ, SONIA. *El sistema arbitral del CIADI*. 1ª edición. México: Porrúa, 2006; GÓMEZ-PALACIO, IGNACIO. *Derecho de los negocios internacionales*. México: Porrúa, 2006.

(Response J p.4, para 15). At the hearing, Saipem further submitted that a State's disavowal of its undertaking to arbitrate a contractual dispute may have a "confiscatory effect" (Tr J, II, 50:16-2332) and summarized its case as follows:

The claims which are brought before the tribunal are a claim for expropriation in violation of Article 5 of the BIT. It is an expropriation which has resulted from a complex behavior of the whole state, which reneged on its obligations to enforce the arbitration award and to respect the proper conduct of the arbitration proceedings...

(Tr, J, II 52:12-18)

"The focus of the Claimant's is that its right to payment under the contract as ascertained by, and incorporated in the ICC Award has been expropriated by the unlawful decisions of the Bangladeshi courts that revoked the authority of the ICC arbitrators and declared the ICC award null and void, thus precluding its enforcement in Bangladesh or elsewhere. The net result of all of this was, obviously, to deprive the Claimant of the compensation for (the expropriation of) its investment"

Como se puede ver, el asunto Saipem puso a la luz la estrecha interacción de la teoría general del derecho arbitral, la calificación jurídica del laudo, la existencia o no de un orden jurídico "autónomo" y el papel del Estado sede en el procedimiento arbitral. Como lo veremos más adelante, el tribunal CIADI consideró que pudiera existir una expropiación indirecta si los hechos alegados por Saipem se comprobaban. Tal decisión obviamente niega al Estado sede la posibilidad de afirmar la integración del laudo en su orden jurídico. Es cierto que tiene la posibilidad de anular el laudo según sus leyes, pero no puede impedir que otros Estados, u otros tribunales arbitrales reconozcan su existencia. Y no cabe duda que tal razonamiento tiene sólo una salida: la abolición de la noción del Estado sede, tal como lo hemos defendido en varias ocasiones.¹⁴ Sin embargo, fuerza es consta-

14. PEREZNIETO, LEONEL Y GRAHAM, JAMES, "Hacia una verdadera justicia transnacional del siglo 21" en SOTO, CARLOS. *El arbitraje en Perú y el mundo*, Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, p. 745; PEREZNIETO, LEONEL Y GRAHAM, JAMES, "¿La muerte programada del Estado sede del arbitraje?", en Picand, *Estudios de arbitraje*, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 395.

tar que el concepto de Estado-sede está –aún– bien anclado en el derecho positivo.¹⁵

Sin embargo, el tribunal arbitral del CIADI en el asunto Saipem, adoptó la postura que la existencia de un laudo se aprecia de manera subjetiva y que, consecuentemente, un laudo anulado en el Estado sede puede tener, sin embargo, una existencia objetiva y por lo tanto se puede considerar que hay una expropiación indirecta si el Estado no quiere reconocer el laudo.

3. EXISTENCIA DE UNA EXPROPIACIÓN INDIRECTA EN EL CASO DE NO RESPETO DE UN LAUDO INTERNACIONAL

El tribunal arbitral del CIADI en la disputa en contra de Bangladesh señaló en primer lugar que es ampliamente aceptado en el derecho internacional que los derechos inmateriales pueden ser expropiables. De esta forma, un laudo arbitral de la CCI o los derechos determinados por él pueden ser sujetos a una expropiación. En este sentido, el tribunal arbitral citó jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos para reforzar su postura. En efecto, aunque el caso *Allard vs Sweden*¹⁶ de la Corte Europea de Derechos Humanos, citado por el tribunal arbitral, no se refiere expresamente a la expropiación, se refiere a la interferencia estatal hacia una propiedad que fue demolida bajo las leyes de Suecia. En este sentido, resulta discutible la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de la cual Bangladesh no es parte. Ciertamente es lo anterior puesto que la jurisprudencia de esta Corte se suscita e inscribe en un sistema convencional particular y en estricto sentido no es el reflejo del derecho internacional en general.¹⁷

El Tribunal Arbitral también consideró que el contrato entre Saipem y Petrobangla es una inversión tal y como se define en el

15. Cfr. Por ejemplo: OLG Dresden, 31/1/07, *SchiödsVZ*, 2007, 327.

16. Caso 35179/97, 2003.

17. Véase GRAHAM, JAMES, *¿Dónde se queda...?*, cit. Nota 11, p. 14.

artículo 1 del tratado bilateral.¹⁸ Más aún, se consideró el concepto de inversión de tal forma que se incluye no sólo el contrato, sino los derechos que derivan de él, reconocidos por el laudo de la CCI. Por lo tanto, se consideró que la inversión se compone de la operación total: el contrato, la construcción del gasoducto y el arbitraje de la CCI. El Tribunal Arbitral finalmente estableció que los hechos demandados por Saipem son potencialmente capaces de constituir una expropiación de acuerdo a los lineamientos establecidos del artículo 5 del Tratado Bilateral de Inversión.¹⁹ Esto es, los hechos alegados por Saipem pueden contravenir a lo establecido por el tratado bilateral de inversión, dado que los derechos inmateriales reconocidos en el laudo de la CCI son una "propiedad" y pueden ser sujetos a una expropiación. Pero, ¿en verdad se puede hablar de una expropiación indirecta en el contexto que se analiza?

Definir la expropiación indirecta es complicado, debido a que muchas veces el objetivo es precisamente que la expropiación indirecta no sea estrictamente definida, sino dejar un concepto amplio sujeto a las interpretaciones de los tribunales correspondientes, se ha establecido como principio amplio abierto a la interpretación.²⁰ En este contexto, el BIT entre Italia

18. "The term "investment" shall be construed to mean any kind of property invested before or after the entry into force of this Agreement by a natural or legal persona being a national of one Contracting Party in the territory of the other in conformity with the laws and regulations of the latter. Without limiting the generality of the foregoing, the term investment comprises:
 - a) Movable and immovable property, and any other rights in rem including insofar as they may be used for investment purposes, real guarantees on other property;
 - b) Shares, debentures, equity holdings and any other negotiable instrument or document of credit, as well as Government and public securities in general;
 - c) Credit for sums of money or any rights for pledges or services having an economic value connected with investment, as well as reinvested income as defined in paragraph 5 hereafter
 - d) Any right of a financial nature accruing by law or by a contract and any licence, concession or franchise issued in accordance with current provisions governing the exercise of business activities, including prospecting for, cultivating, extracting and exploiting natural resources".
19. "The investments to which this agreement relates shall no be subject to any measures which might limit permanently or temporarily their joined rights of ownership, possession, control or enjoyment, save where specifically provided by law and judgment or orders issued by Courts or Tribunals having jurisdiction.
 - (2) Investments of investors of one of the Contracting parties shall not be directly or indirectly nationalized, expropriated, requisitioned or subject to any measures having similar effects in the territory of the other Contracting Party, except for public purposes, or national interest, against immediate full and effective compensation, and on condition that these measures are taken on a non-discriminatory basis and in conformity with all legal provisions and procedures"

y Bangladesh alude a la expropiación indirecta en su artículo 5 en los siguientes términos:

The investments to which this agreement relates shall not be subject to any measures which might limit permanently or temporarily their joined rights of ownership, possession, control or enjoyment, save where specifically provided by law and judgment or orders issued by Courts or Tribunals having jurisdiction.

Investments of investors of one of the Contracting parties shall not be directly or indirectly nationalized, expropriated, requisitioned or subject to any measures having similar effects in the territory of the other Contracting Party, except for public purposes, or national interest, against immediate full and effective compensation, and on condition that these measures are taken on a non-discriminatory basis and in conformity with all legal provisions and procedures

El mencionado artículo 5 del BIT entre Italia y Bangladesh no establece un marco conceptual rígido para la expropiación indirecta. También se deja en forma amplia las medidas, acciones o conductas que pudieren tener un efecto similar. En este contexto, han existido procedimientos arbitrales en donde el Tribunal otorga su propia definición para enmarcar conceptualmente la expropiación indirecta. Ejemplo de lo anterior es el caso Tecmed en donde se señaló que:

Si bien en un sentido formal la expropiación importa la apropiación forzada por el Estado de la propiedad tangible o intangible de particulares a través de actos administrativos o acción legislativa a ese efecto, el término también cubre situaciones que constituyen una expropiación de facto, en las que tales actos o legislación transfieren los bienes que constituyen su objeto a tercero o terceros distintos del Estado expropiador, o cuando dicha legislación o actos privan de tales bienes a los sujetos que los sufren, sin atribuirlos a terceros o al propio Estado.²¹

20. DOLZER, RUDOLF *Indirect expropriation: New developments?* Disponible en: <http://www1.law.nyu.edu/journals/cvrlaw/issues/vol11/1/dolzer.pdf> 2002, p. 69.

La anterior definición se inspiró en el laudo del caso Metalclad,²² en donde la evolución del concepto de expropiación se desarrolló de tal forma que incluye cualquier interferencia con la propiedad, o la expropiación indirecta o medidas equivalentes. Además se enfocó de manera exclusiva en los efectos de la medida gubernamental y para llegar a su conclusión no hizo referencia a opiniones o jurisprudencia previa:

Por lo tanto, la expropiación en el TLCAN incluye no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, tal como una confiscación directa o una transferencia formal u obligatoria de títulos a favor del Estado receptor, pero también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tenga el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente del beneficio obvio del Estado receptor.²³

Metalclad amplió el marco protector para el inversionista y se ha convertido en una pauta a seguir por distintos procedimientos de arbitraje. En un sentido similar, en el caso Waste Management²⁴ se consideró que para que exista una expropiación no es necesaria una transferencia del derecho a la propiedad, sino que es suficiente con que se prive del derecho.

Todo lo anterior nos conduce a las herramientas que se han utilizado para analizar una posible medida equivalente a la expropiación, o expropiación indirecta. Una de ellas es a través de la observación del efecto que causa la medida del Estado en la propiedad del inversionista, la llamada doctrina *sole effect*. Por otra parte, es importante conocer también el contexto en el que se desenvuelve la medida estatal, y para ello se recurre al *balan-*

21. Véase *Técnicas Medioambientales TECMED SA vs Estados Unidos Mexicanos*, 29/05/03, ARB(AF)/002 Párrafo 114 (Geigeria Noon, Fernández Rozas, Bernal Verca).

22. *Metalclad corporation vs los Estados Unidos Mexicanos*, ARB (AF)/97/1, 30 de agosto de 2000, Párrafo 103 (Lauterpacht, Civiletti, Siqueiros).

23. *Ibidem* Párrafo 103.

24. 30 de abril de 2004 (Crawford, Civiletti, Magallón).

ced approach.²⁵ También hay quien distingue entre el *sole effect doctrine* y el *appropriation approach*,²⁶ necesitando esta última un beneficio estatal o de cualquier persona o entidad relacionada, interpretación que se utiliza escasamente; de esta forma, el Tribunal Arbitral en el caso Eudoro Armando Olguín señaló que:

For an expropriation to occur, there must be actions that can be considered reasonably appropriate for producing the effect of depriving the affected party of the property it owns, in such a way that whoever performs those actions will acquire, directly or indirectly, control, or at least the fruits of the expropriated property. Expropriation therefore requires a teleologically driven action for it to occur; omissions, however egregious they may be, are not sufficient for it to take place.²⁷

Para interpretar el alcance de las normas relativas a la expropiación indirecta, hay quien también apuesta por consideraciones teleológicas²⁸ y siguiendo el artículo 31 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, el intérprete se debe enfocar al objeto y propósito del tratado, y si los tratados bilaterales de inversión son realizados para promover y facilitar la inversión, la interpretación deberá favorecer al inversionista, expandiendo sus derechos para facilitar el flujo de inversión extranjera. Sin embargo, esta visión no toma en cuenta el papel de los Estados en la promoción de la inversión extranjera que también les beneficia a ellos; más aún, se es omiso en señalar que la promoción exacerbada de la inversión extranjera puede ocasionar que el Estado viole sus obligaciones, por ejemplo, en virtud del derecho internacional de los derechos humanos.

El anterior repaso somero de la construcción del concepto de la expropiación indirecta nos conduce a analizar el caso de

25. *International investment law*, OECD, p. 62.

26. NEWCOMBE, ANDREW PAUL "The boundaries of regulatory expropriation in international law" En *ICSID Review Foreign Investment Law Journal*, 2005, p. 17.

27. *Olguín vs Paraguay*: ARB/98/5, 26/7/01. (Oreamuno, Mayora, Rezek).

28. DOLZER, RUDOLF. *Op. Cit.* Nota 20 p. 73.

Saipem vs Bangladesh a la luz de las consideraciones previas. En este contexto, el presente caso es susceptible de clasificarse con lo que REISMAN y SLOANE llaman la *consequential expropriation*, que se refiere a la falla del Estado de manejar adecuadamente el marco normativo.

Other "measures tantamount to expropriation" within the purview of a BIT regime prove even more elusive than creeping expropriations because they consist of the host state's failures to create, maintain and properly manage the legal, administrative and regulatory normative framework contemplated by the relevant BIT, an indispensable feature of the "favourable conditions" for investment.²⁹

En esta clasificación puede no existir una intención del Estado de expropiar, o al menos puede estar oculta. En uno de los ejemplos hipotéticos que REISMAN y SLOANE señalan para esta clase de expropiación indirecta mencionan que:

Local courts defer interminably decisions required by the BIT and critical to the profitability of the investment; or, because of the host state's failure to establish internal legal mechanism to accommodate a BIT regime, local courts enjoin, on the basis of that state's internal laws, investment activities previously authorized by the host state or one of its political subdivisions.³⁰

4. CONCLUSIÓN

El asunto Saipem no tiene que ser ignorado por los tribunales mexicanos. En efecto, la triste decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de desnaturalizar e interpretar *contra legem* al artículo 1424 del Código de Comercio para rechazar el principio de *kompetenz-kompetenz*³¹, hubiera podido ser motivo

29. REISMAN, MICHAEL Y SLOANE ROBERT. "indirect expropriation and its valuation in the BIT generation" En *The british yearbook of international law*, 2004 p. 32.

30. *Ibidem*. P. 29.

de una responsabilidad internacional del Estado mexicano si la parte frustrada hubiera sido un inversionista extranjero bajo el amparo del TLCAN. En efecto, como lo hemos visto anteriormente, no se requiere una "intención expropiatoria", sino que es suficiente que una medida tenga por consecuencia la expropiación (indirecta), tal como una interpretación judicial, aunque se haya hecho de "buena fe". Obviamente, tal situación da la apariencia de una forma de "apelación internacional", aunque los órganos internacionales refutan tal argumento.³² Sin embargo, es legítimo hacerse la pregunta, cuya respuesta tiene que ser objeto de otro estudio...

31. GRAHAM, JAMES. "Mexican supreme court decisions on the authority of courts over arbitration agreements and the enforcement of awards" *Newsletter arbitration*, IBA, marzo de 2008, p.29; PEREZNIETO, LEONEL Y GRAHAM, JAMES. "Mexican supreme court rejects the principle of kompetenz-kompetenz", *Arbitration*, 2006 p.388; PEREZNIETO, LEONEL Y GRAHAM, JAMES. "El principio de la competencia arbitral en la actualidad mexicana" En: *Conocimiento y cultura Jurídica*, 2007 p. 217; GRAHAM, JAMES Y LEAL-ISLA, CARLOS "Une atteinte discutable au principe de competence-competence" *Rev. Arb*, 2006, p.1039; PEREZNIETO, LEONEL Y GRAHAM, JAMES. "Some recent international decisions on kompetenz-kompetenz and related issues" En: *Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje*, 2006, p. 131.
32. Véase el caso Loewen y su comentario en GRAHAM, JAMES ¿Dónde se queda la legítima expectativa...? Op. Cit. Nota 11, pp. 151 y ss. En materia penal, se puede señalar el caso Avena en el cual los Estados Unidos de América han reprochado a la Corte Internacional de Justicia de ser un "tribunal de apelación" en materia de condenas a la pena de muerte (GRAHAM JAMES, *Los extranjeros condenados a muerte en los Estados Unidos de América y sus derechos consulares*, 1ª edición, México: UDEM, 2006, p. 23.)

La anulación del laudo arbitral por fallo en conciencia en Colombia y la reivindicación de la equidad como principio

*Daniel Posse Velásquez
Carolina Posada Isaacs¹*

SUMARIO

1. Introducción. 2. El reconocimiento de la equidad como principio de la actividad judicial y no el producto de la arbitrariedad. 2.1 El fallo en equidad, es primeramente, un fallo fundamentado. 2.2 La equidad es un valor que realiza la justicia y permite, por tanto, que los fallos en derecho sean por principio equitativos. 3. Características del fallo en conciencia. 3.1 Ex quo et bono o, verdad sabida y buena fe guardada. 3.2 La interpretación errada de una norma jurídica o el yerro de una decisión, no constituyen fallo en conciencia. 4. Presupuestos esenciales de anulación del laudo arbitral por fallo en conciencia. 4.1 Ausencia de aplicación del régimen jurídico. 4.2 Manifestación expresa de ser un fallo en conciencia. 4.3 Omisión en el estudio del acervo probatorio. 5. Conclusión.

1. Daniel Posse Velásquez es abogado de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia, socio de la firma Posse Herrera y Ruiz S.A., responsable del área de resolución de conflictos y litigios. Árbitro y amigable componedor del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, del Centro de Arbitraje y Conciliación Asomagister y del Centro de Arbitraje de la Superintendencia de Sociedades. Autor de artículos para múltiples publicaciones nacionales e internacionales, tales como La República, Ámbito Jurídico (Periódico colombiano especializado en Derecho), Colección "Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión" del Instituto Peruano de Arbitraje, Revista Punto Medio, Latin Lawyer Magazine, Who's Who Legal, Global Legal Group, entre otros. Carolina Posada Isaacs es abogada de la Universidad de La Sabana, abogada del área de resolución de conflictos y litigios de la firma Posse Herrera y Ruiz S.A.

1. INTRODUCCIÓN

El estudio de la equidad, a propósito de la causal de anulación de laudos arbitrales, propone una visión negativa de lo que es en realidad un valor que supone la realización de la justicia. En el caso colombiano, la equidad se presenta erradamente a través de los recursos de anulación, bajo la figura del fallo en conciencia, como un vicio que afecta la validez de los laudos arbitrales, soslayando que la equidad debe ser entendida como un principio que *"supera la justicia en el sentido de corregir la ley en ciertos casos particulares, pues la regla universal no contempla cada situación particular"*².

Sin embargo, la equidad no es, ni puede entenderse como un vicio en materia arbitral, sinónimo del fallo en conciencia.

Por esta razón, resulta oportuno efectuar unas breves consideraciones sobre la equidad y el fallo en conciencia en materia arbitral, las cuales serán materia de este artículo.

2. El reconocimiento de la equidad como principio de la actividad judicial y no producto de la arbitrariedad

De conformidad con la Constitución Nacional, la equidad resulta un criterio auxiliar de la actividad judicial:

"Artículo 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial."

2. ARISTÓTELES. *Ética de Nicómaco* Gredos, Madrid 1985.

Al respecto, tanto el Consejo de Estado como los Tribunales de Distrito Judicial colombianos reivindican, a través de su jurisprudencia, el valor de la equidad, recordando que lejos de ser un vicio por sí misma, cual sería un fallo en conciencia debiendo ser en derecho, constituye un principio de la actividad judicial.

2.1 El fallo en equidad, es primeramente, un fallo fundamentado.

En sentencia del 3 de octubre de 2008, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá³ recordó que los fallos judiciales expedidos en la República de Colombia, sean en equidad o en derecho, se dicen fundamentados; de suerte que la falta de fundamento no es una característica de la equidad, sino muy por el contrario, un defecto de los fallos judiciales.

En efecto, sostuvo el Tribunal con apoyo en la Sentencia del 7 de junio de 2007:

“De otro lado, fallar en conciencia no es fallar arbitrariamente, ni razonar al margen de nuestro ordenamiento jurídico, en cambio, el arbitraje en derecho es aquél en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente.

(...)

Y no se acepta porque esa sentencia presente desfases de carácter doctrinario al confundir, en primer término, la carencia de motivos o razones para decir (sic) con falta de motivación; y al dar a entender que fallo arbitral en derecho que carezca de motivación probatorio lo convierte en fallo en conciencia.

Y no es aceptable la confusión, porque toda sentencia (y la arbitral no es la excepción) debe reposar sobre un motivo o, en otras palabras, debe apoyarse siempre en una situación

3. Magistrada Ponente: Liana A. Lizarazu Vaca.

jurídica (de hecho y de derecho) preexistente anterior y determinante, que justifique su expedición. Y otra cosa diferente es que el juez que la dicte tenga que explicar con argumentos las razones de hecho y de derecho que le sirven de apoyo para decidir en determinada forma.

Tanto el fallo en conciencia como en derecho tiene que reposar sobre un motivo justificativo; ni el uno ni el otro pueden surgir por generación espontánea y sin que se apoyen en una situación jurídica preexistente que deba resolverse. Pero mientras el fallo en derecho debe explicar los motivos o razones de orden probatorio y sustantivo que tuvo para arribar a la conclusión que contiene la parte resolutive, en el fallo en conciencia esa motivación no es esencial ni determinante de su validez.

El laudo en derecho que carezca de motivación no se convierte en fallo en conciencia. La diferencia entre estos fallos radica en ese aspecto formal o accidental, sino que toca, como se dijo, con el marco de referencia formativo que condiciona la conducta del juzgador en uno y otro”

Esta postura fue adoptada por el Consejo de Estado en fallo posterior, del 13 de mayo de 2009⁴ cuando señaló:

“Pero ese fallo en conciencia, pese a su extensión, no puede ser arbitrario y mucho menos desconocer los hechos del proceso o las reglas de la lógica y de la experiencia; porque tanto esos hechos como las mencionadas reglas, constituyen obligaciones obvias e implícitas impuestas a los jueces de conciencia para la recta ejecución de su cargo judicial. Porque tanto el árbitro de derecho como el de conciencia, administran justicia (idea que excluye de principio, la arbitrariedad)”

Por su parte, en sentencia del 28 de mayo de 2008⁵, el Tribunal Superior de Bogotá expuso que la equidad no es un valor supletivo o residual de la actividad judicial, sino un criterio de apoyo para el juzgador:

4. Magistrado Ponente Myriam Guerrero de Escobar.

5. Magistrado Ponente: José Elio Fonseca Melo.

“Preceptúa el artículo 230 de la Carta Política que los jueces en sus providencias sólo están sometidos al imperio de la ley y enseguida anota que la equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial. Un buen entendimiento de este precepto constitucional indica que los criterios auxiliares de la justicia se deben aplicar cuando se trata de resolver un caso particular, pues la expresión ‘criterios auxiliares de la justicia’ de ninguna manera significa que se deben aplicar en subsidio, porque de una parte, la Carta no lo dijo de esta manera, y de la otra, en el universo jurídico constituyen elementos de uso imprescindible en desarrollo de las tareas encomendadas al juez.”

Y en fallo posterior, del 30 de noviembre de 2009, el Tribunal concluyó que las características negativas de un fallo, no sólo no hacen parte de la equidad, sino que además no puede ser reprochable al Juez, por virtud del mandato constitucional, que acuda a ella como criterio auxiliar de la actividad judicial.

“(…) Tal labor hermenéutica no muta el fallo en derecho como lo es, a uno en equidad, recuérdese que conforme al artículo 2030 de la Constitución ‘La equidad, la jurisprudencia, los principios generales de derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial’. Cuando de ellos se hace uso, como en el presente caso ocurrió, no es admisible reprochar la decisión arguyendo que el juzgador falló en conciencia (…)”

2.2 La equidad es un valor que realiza la justicia y permite, por tanto, que los fallos en derecho sean por principio equitativos

En sentencia del 8 de julio de 2009, el Consejo de Estado definió la equidad como un valor superior que permite la realización de la justicia en los casos particulares donde la Ley, por su generalidad, no es suficiente.

Y adoptó además la posición de la jurisprudencia francesa⁶, al considerar que la Ley, por principio, está basada en la equidad. En efecto, señala el fallo:

“Y es que la equidad, sin duda, realiza el valor justicia, toda vez que constituye el criterio que permite materializarla en los casos particulares; en efecto, dado que las leyes consagran supuestos generales y situaciones en abstracto que se presentan en la sociedad, al ser aplicada a los casos particulares a los cuales está dirigida, requiere de la intervención de criterios y principios que como la equidad permiten desatar cualesquier controversia concretando el valor de justicia; es decir, su importancia reside en que con ella se precave una injusticia derivada de la aplicación de la ley a un caso particular. Por eso, en derecho siempre hay que encontrar decisiones y soluciones que, bajo el principio de equidad y sin abdicar o desconocer la ley, resulten justas, tarea en la cual el juez no se opone a la voluntad soberana del legislador sino que la concreta en atención a la situación particular y en forma tal que esté en consonancia con las circunstancias reales y propias del caso, para evitar inequidades o injusticias y asegurar la misión de la Administración de Justicia en el Estado de Derecho.”

3. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL FALLO EN CONCIENCIA

A su turno, refiriéndose al fallo en conciencia, en sentencia del 29 de enero de 2009⁷ lo definió como aquél que deviene de la convicción interna del juzgador, en los siguientes términos:

“De acuerdo con los lineamientos que la jurisprudencia de la Sala ha trazado, los arbitramentos *en conciencia* se distinguen de los decididos en derecho en consideración a que los primeros deben ser resueltos únicamente con base en el cri-

6. CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. “El Arbitraje en Equidad”. En: Revista Universitas No.105. Bogotá: Junio de 2003.

7. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

terio de justicia inmerso en el juzgador, en tanto que los segundos precisan, como fundamento de la determinación que se adopte, del soporte brindado por las normas, principios legales o supralegales que formen parte del ordenamiento jurídico aplicable al caso concreto. *Así las cosas, los fallos en conciencia no sólo excluyen la obligación de aplicar reglas de derecho, sino que dejan a los árbitros en plena libertad para decidir la controversia de acuerdo con su íntima convicción.*"

3.1 *Ex quo et bono* o, verdad sabida y buena fe guardada

Fallar en conciencia exige del Juzgador acudir a su propio juicio para decidir conforme a la verdad sabida y buena fe guardada: una regla que expresa el ideal del deber ser y la solución recta y justa de las controversias dictadas por la íntima convicción, y cuya expresión latina es *ex quo et bono*, definida así por el Consejo de Estado⁸:

"En cambio, cuando el juez arbitral decide *en conciencia*, se mueve en un marco formativo diferente *mas amplio*, porque como lo dice la jurisprudencia cuando así actúa tiene la facultad de decidir '*ex quo et bono*', locución latina que quiere decir 'conforme a la equidad o según el leal saber y entender' (Jurisprudencia Arbitral en Colombia, 1988 U. Externado de Colombia, p. 181).

Tal amplitud permite aceptar que cuando el Juez arbitral decide en conciencia puede aún conciliar pretensiones opuestas; conducta que no puede asumir cuando falla en derecho, y aun decidir sobre extremos no suficientemente probados pero posibles".

En sentencia posterior del 22 de julio de 2009⁹, sostuvo además:

8. Consejo de Estado Sentencia del 13 de mayo de 2009, Myriam Guerrero de Escobar.

9. Con cita de la sentencia del 27 de abril de 1999.

*“El fallo en conciencia se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar necesariamente razonamientos de orden jurídico, prescindiendo de las normas jurídicas y de acuerdo con su íntima convicción en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio, luego de examinar los hechos, las pruebas y de valorar bajo su libre criterio y el sentido común las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron lugar a la controversia. Es decir, de conformidad con reiterada jurisprudencia, el fallo en conciencia se presenta cuando el juez toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propio fuero interno, según su leal saber y entender, basado o no en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada (“*ex aequo et bono*”)*”

3.2 La interpretación errada de una norma jurídica o el yerro de una decisión, no constituyen fallo en conciencia

En sentencia del 14 de enero de 2008, el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá¹⁰ recordó que el fallo en conciencia depende de la íntima convicción del juzgador en la elevada función de impartir justicia, y no supone un yerro de apreciación o interpretación de la ley, pues el juzgador en conciencia puede incluso prescindir de las normas jurídicas.

En efecto, estimó el Tribunal:

“El motivo de anulación del laudo arbitral por haberse fallado en conciencia y no en derecho, tiene que aparecer de manera ostensible y palmaria, por lo cual queda limitado a los casos en donde los árbitros haciendo abstracción de los elementos de convicción incorporados y de las normas jurídicas aplicables, resuelven el litigio bajo su íntima convicción atendiendo exclusivamente al sentido común y a la equidad, y sin necesidad de acudir a ninguna clase de argumentación jurídica; luego, no hay fallo en conciencia ni siquiera cuando el

10. M.P.: Edgar Carlos Sanabria Melo.

Tribunal Arbitral interpreta erróneamente una norma jurídica, o deja de aplicarla, o la aplica indebidamente, o incurre en indebida apreciación del material probatorio.”

En ese sentido, mientras que la equidad es un principio auxiliar del derecho, que permite atemperar, matizar las disposiciones legales en cada caso concreto, el fallo en conciencia corresponde a una decisión en la que las normas jurídicas resultan totalmente abstraídas para dar paso a la sola convicción basada en el sentido común.

Un yerro en la apreciación de las normas, no es, ni de manera lejana, una íntima convicción; tampoco corresponde, necesariamente, a la aplicación del sentido común; es simplemente eso; un error del juzgador, que dependiendo de su entidad, puede constituirse en lo que a la luz de la jurisprudencia colombiana se conoce como una *vía de hecho*, vicio que da paso a la acción de tutela (o de amparo en varios países de Latinoamérica), pero nunca a un fallo en conciencia.

4. PRESUPUESTOS ESENCIALES DE ANULACIÓN DEL LAUDO ARBITRAL POR FALLO EN CONCIENCIA

De conformidad con el artículo 163 numeral 6 del decreto 1818 de 1998, mejor conocido como Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, constituye una causal de anulación del laudo arbitral, el haber sido proferido en conciencia, *debiendo ser en derecho*.

Como quedó anotado, la jurisprudencia en Colombia ha sido extensa en reafirmar a la equidad como principio de la actividad judicial y en ese sentido, de distinguirla de la causal de nulidad de laudos arbitrales por fallo en conciencia.

Para este último caso, ha planteado los siguientes lineamientos para determinar cuándo un laudo es susceptible de ser anu-

lado, por haber sido proferido en conciencia: (i) que aparezca de manifiesto en el laudo que el mismo fue proferido en conciencia, y (ii) que aquel haya debido ser en derecho.

Sin embargo, para establecer cuando es manifiesta la existencia de un laudo en conciencia, la aproximación del Consejo de Estado se encamina a reconocer que existe fallo en conciencia cuando (i) hay ausencia absoluta de aplicación del régimen jurídico o (ii) manifestación expresa de ser un fallo en conciencia, u (iii) omisión del material probatorio; en algunos casos ha sostenido también que se presenta este tipo de fallo cuando se aplican normas que carecen de vigencia, lo cual sin embargo, constituiría un defecto judicial o vía de hecho que tendría que ser discutido a través de la acción de tutela.

Así, por ejemplo, mediante providencia del 22 de julio de 2009, sostuvo:

“Primero, para que pueda hablarse de un fallo en conciencia se ha debido omitir la referencia el régimen jurídico aplicable a la controversia.

(...)

El segundo presupuesto legal que configura el fallo en derecho y no en conciencia, consiste en que las normas en que él se apoya deben estar vigentes.

(...)

El tercer supuesto planteado por la jurisprudencia se presenta cuando las pruebas que deberían ofrecer convicción a los árbitros carecen de soporte valorativo normativo.”

Y en sentencia del 13 de mayo de 2009, concluyó:

10. M.P. Edgar Carlos Sanabria Melo.

“El contenido de la providencia debe evidenciar *de manera manifiesta que se está decidiendo en conciencia y no en derecho.*”

La decisión de los árbitros debe provenir de la aplicación del sentido común y la equidad, del juicio que haría un hombre justo, es decir, de su íntimo convencimiento. El juez tiene absoluta libertad en la apreciación de la prueba¹¹ y hasta puede apartarse de ella, puesto que lo verdaderamente relevante, es su decisión en conciencia, en su íntima convicción.¹²

El fallo en conciencia está liberado del rigorismo de la tarifa probatoria, la carga de la prueba y el sustento de derecho sustantivo. Precisamente por no tener como asidero la íntima convicción, el sentido común, la prudencia y lo justo –Jorge Hernán Gil. Del recurso de anulación de laudos arbitrales.– Significa entonces, que el fallador puede apartarse totalmente de la prueba o valorarla libremente según su convicción moral íntima, e igualmente, puede no tener en cuenta las normas legales que regulan la materia para tomar sus decisiones, puesto que *para fallar sólo debe consultar su conciencia*, su íntimo convencimiento a la luz de la equidad.

En el fallo en conciencia no hace falta explicar las razones que dan lugar a la decisión, es decir, ésta no es esencial ni determinante, lo cual se apoya en los principios de verdad sabida y buena fe guardada, propios de esta clase de decisión.

Debe entenderse entonces, que el laudo en conciencia está determinado por: i) la ausencia en su contenido de normas del derecho positivo; ii) la libre apreciación del juez tanto de los hechos como de las pruebas allegadas al expediente; iii) la íntima convicción del juez sobre lo justo o equitativo para tomar la decisión y iv) la equidad como apoyo de dicha decisión–.”

11. Sentencia del 6 de Julio de 2005. Exp. 28890. Sentencia del 4 de mayo de 2000, exp. 16766 del 27 de julio de 2000.

12. PALACIO HINCAPIÉ, Juan Ángel. *La Prueba Judicial*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá: 2004, p. 123.

4.1 Ausencia de aplicación del régimen jurídico

La falta de aplicación del régimen jurídico es el indicador inicial y el presupuesto más importante que permite detectar la existencia de un fallo en conciencia, pues sugiere de entrada que el juzgador prescindió, sin estar autorizado a ello, de la ley.

Respecto de esta causal, ha dicho la jurisprudencia:

“En ocasiones se ha agregado, de la mano de lo que dispone la ley, que la causal se configura cuando los árbitros se apartan de la aplicación de las reglas de derecho en forma “manifiesta”, es decir, que la inobservancia de la normatividad debe ser evidente, luego, no se trata de una simple o discutida omisión normativa o de falta de referencia constante a las normas del ordenamiento jurídico, sino que es necesario que esa circunstancia se refleje claramente en el laudo.” (...) Ahora, tratándose del arbitramento en derecho, la necesidad de fundamentar o motivar no se cumple con el simple señalamiento de una norma jurídica, o con la exposición de un criterio doctrinario o jurisprudencial; es necesario que éste, por mínimo que sea, tenga relación con la decisión adoptada y sea coherente con el caso examinado.

De esta forma, cuando el juez del recurso de anulación advierte que la decisión arbitral no se sustentó en normas de derecho positivo, en los principios generales, en la doctrina, en la jurisprudencia o en el mismo contrato –norma principal que somete a las partes–, concluirá que dicho fallo se profirió en conciencia, *pues sí no existe argumento jurídico –cualquiera sea su fuente, o una combinación de ellas–, se entenderá que el Tribunal, a pesar de decidir, lo hizo con base en criterios ajenos al ordenamiento jurídico, esto es, según la máxima “verdad sabida, buena fe guardada”*.¹³

“El fallo en conciencia se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar necesariamente razonamientos de

13. Consejo de Estado, sentencia del 22 de julio de 2009.

orden jurídico, prescindiendo de las normas jurídicas y de acuerdo con su íntima convicción en relación con el deber ser y la solución recta y justa del litigio, luego de examinar los hechos, las pruebas y de valorar bajo su libre criterio y el sentido común las circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieron lugar a la controversia. Es decir, de conformidad con reiterada jurisprudencia, el fallo en conciencia se presenta cuando el juez toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propio fuero interno, según su leal saber y entender, basado o no en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada (*"ex aequo et bono"*).¹⁴

4.1.1 *Se acepta una mínima referencia conectada con la decisión*

La jurisprudencia de los altos tribunales, en cuanto a la ausencia de aplicación del régimen jurídico como causal para estimar la existencia de un fallo en conciencia fue en un principio radical, pues exigía la ausencia absoluta de referencia a la ley. Esta posición, no obstante, se ha ido decantando sabiamente, y hoy, si bien basta tan sólo una mínima referencia a la ley para que un fallo sea considerado como dictado en derecho, se exige sin embargo que dicha referencia al derecho positivo esté conectada directamente con la decisión, para descartar alusiones legales descontextualizadas que disfracen un fallo en conciencia.

Al respecto, ha señalado la jurisprudencia:

"La más mínima referencia al derecho positivo" –como en anteriores ocasiones lo ha sostenido la Sala–, hace alusión, por tanto, a que esa "mínima referencia" esté realmente conectada con el sentido de la decisión, cualquiera que éste sea –pues el del contenido del pronunciamiento arbitral no es un asunto fiscalizable por el juez del recurso de anulación–, vale decir, que la referencia al Derecho en realidad ha de

14. Consejo de Estado, sentencia del 8 de julio de 2009.

constituir fundamento de lo que se resuelve y no tratarse de una simple anotación absolutamente descontextualizada del hilo argumentativo que en verdad conduce a la resolución del caso, orientada a dar, al laudo la apariencia de estar sustentado en un precepto jurídico que no desempeña papel alguno en la cadena justificativa construida por los árbitros con el propósito de motivar su determinación.”¹⁵

Ya en sentencia del 7 de junio de 2007, la misma Corporación sostenía:

“No obstante la reiteración de cuanto hasta aquí se ha referido en tono a la caracterización que la Sala ha efectuado de esta causal de anulación, sí resulta oportuno matizar, en relación con la cita recién transcrita, de acuerdo con la cual la más mínima referencia que el árbitro haga al derecho positivo, hace que el laudo sea calificable como “en derecho” y no “en conciencia”, que lo dicho no supone admitir que incluso la mera invocación de algún precepto jurídico, aún si toda la argumentación del laudo se construye al margen de consideraciones realmente basadas en el Derecho, permita sostener que la decisión de los árbitros no está incurso en la causal de anulación.

La más “mínima referencia al derecho positivo” –como en anteriores ocasiones lo ha sostenido la Sala– hace alusión, por tanto, a que esa “mínima referencia esté realmente conectada con el sentido de la decisión, cualquiera que ésta sea –pues el del contenido del pronunciamiento arbitral no es un asunto fiscalizable por el juez del recurso de anulación– vale decir, que la referencia al derecho en realidad no ha de constituir fundamento de lo que se resuelve y no tratarse de una simple anotación absolutamente descontextualizada del hilo argumentativo que en verdad conduce a la resolución del caso, orientada a dar al laudo la apariencia de estar sustentado en un precepto jurídico que no desempeña papel alguno en la cadena justificativa construida por los árbitros con el propósito de motivar su determinación”.

15. Consejo de Estado, Sentencia del 22 de julio de 2009.

4.1.2 El fallo debe estar basado en el contrato

A propósito de la exigencia de que el fallo esté basado en el ordenamiento jurídico para que pueda ser considerado como dictado en derecho, tímidamente la jurisprudencia ha ido desarrollando otra exigencia respecto de los laudos que resuelven controversias surgidas de la ejecución de contratos para que, en efecto, estos tengan fundamento en el contrato discutido.

Así lo sostuvo el Consejo de Estado, en sentencia del 13 de mayo de 2009:

“En sentencia de 9 de agosto de 2001, la Sala sostuvo que el laudo es en derecho cuando hace referencia al derecho positivo vigente y se fundamenta en el contrato celebrado, que constituye ley para las partes y lo será en conciencia cuando hay ausencia de razonamientos jurídicos.”

Y en sentencia del 22 de julio de 2009, esta misma corporación señaló:

“Por tal razón, un laudo será en derecho cuando en su parte considerativa exponga, analice o haga referencia a cualquier disposición de naturaleza jurídica, incluido el contrato que le sirve de base a la controversia.”

4.2 Manifestación expresa de ser un fallo en conciencia

Este requisito no presenta mayor problema en su identificación, aunque tal vez constituya el más extraño de encontrar. No resultaría lógico que unos árbitros, a sabiendas de que han sido designados para fallar en derecho, manifiesten que contraviniendo el principio de habilitación y de voluntariedad de las partes, profieren un laudo en conciencia.

4.3 Omisión en el estudio del acervo probatorio

Finalmente, la omisión en el estudio del acervo probatorio es otro indicador que sugiere la existencia de un fallo en conciencia. Dicho análisis lo han hecho las cortes sin embargo, cuidándose de no coartar ni interferir en la libertad probatoria de los árbitros para valorar las pruebas.

En este sentido, se ha manifestado el Tribunal Superior de Bogotá, así:

*“Ahora, el fallo en conciencia sólo se evidencia cuando la sentencia proferida no se sujeta al marco jurídico que debía acatar y solo se basa en la mera equidad, o cuando haya desconocido abiertamente el material probatorio incorporado al proceso, que le impidiera al juez darle el alcance adecuado a todos los medios de convicción, al punto de proferir una sentencia contra evidente”.*¹⁶

Y el Consejo de Estado, en el mismo sentido ha determinado en repetidos fallos lo siguiente:

“Ello lo ha precisado la Sala, sin interferir en la libertad de que gozan los árbitros para valorar las pruebas, según las reglas de la sana crítica. En palabras de la Corporación:

*‘Adicional a lo anterior, si bien el fallo en conciencia radica, básicamente, en la falta de apoyo normativo para la solución del problema planteado, también el aspecto probatorio, asociado al problema normativo, puede ser discutido desde esta perspectiva. Según esto, puede ocurrir que el fallo en conciencia se derive del hecho de que las pruebas que deberían ofrecer convicción a los árbitros, carecen de soporte valorativo normativo, y se radican, fundamentalmente, en la pura y simple conciencia del árbitro. (...)’*¹⁷

16. Tribunal Superior del Distrito de Bogotá Sala Civil Octubre 3 de 2008.

17. Consejo de Estado, Sentencia del 22 de julio de 2009.

En el mismo sentido, manifestó esa Corporación:

“En este orden de ideas, para que un fallo sea considerado en conciencia, se exige que su contenido no se haya apoyado en el derecho objetivo que regula la controversia, y que por tanto sea producto de la libre apreciación del juez, sin consideración alguna a las normas del ordenamiento jurídico, además de que el aspecto probatorio debe guardar armonía con esta idea, en tanto que el sentido de la decisión debe ser expresión de las pruebas que obran en el proceso, y su valoración según las reglas de la sana crítica.

Debe advertirse, sin embargo, frente a esta último requisito, que la posibilidad de que el aspecto probatorio de un proceso arbitral configure una violación al deber de fallar en derecho, radica en que los árbitros estimen y asuman las pruebas y su apreciación con absoluto desdén, capricho o desconocimiento de las reglas básicas que el derecho ofrece para su valoración, convirtiéndose, auténticamente, en una violación al deber de fallar según las reglas jurídicas, expresadas a través de los medios de convencimiento de que disponen los árbitros.

No se trata pues, y eso está claro, de que el recurrente esconda sus divergencias sobre la manera como el tribunal estimó y valoró las pruebas del proceso, que le ha sido desfavorable, para deducir de allí que se está en presencia de un fallo en conciencia, cuando normalmente, en un caso como este, el juez suele expresar claramente, a lo largo de la motivación de la sentencia, las razones por las cuales los medios de prueba le han conducido a tomar una u otra posición, gracias a la libertad de valoración –sana crítica– que la ley procesal le confiere.”¹⁸

Y en el año 2006, ya había precisado que el fallo en conciencia se presenta no sólo cuando éste no se ha constituido sobre normas jurídicas, sino que también puede configurarse, cuando

18. Consejo de Estado, Sentencia del 7 de febrero de 2008.

se falla sin pruebas de los hechos que originan las pretensiones o las excepciones o con pretermisión de la totalidad de las pruebas que obran en el proceso.

Al respecto la Sala sostuvo lo siguiente:

“(…) Si bien el fallo en conciencia radica, básicamente, en la falta de apoyo formativo para la solución del problema planteado, también el aspecto probatorio, asociado al problema formativo, puede ser discutido desde esta perspectiva. Según esto puede ocurrir que el fallo en conciencia se derive del hecho de que las pruebas que deberían ofrecer convicción a los árbitros, carecen de soporte valorativo formativo, y se radican, fundamentalmente, en la pura y simple conciencia del árbitro.”

5. CONCLUSIÓN

De lo estudiado anteriormente, tenemos pues que la equidad es un principio general del derecho, que por mandato constitucional debe ser tenido en cuenta como un criterio auxiliar en la actividad judicial.

Se trata de un criterio que inspira a los jueces, pero que no los exime de aplicar la ley, a cuyo imperio están sometidos. Criterio cuya aplicación no implica de suyo, un fallo en conciencia.

Equidad y conciencia pueden ir de la mano, pero no son sinónimos, y la primera no implica necesariamente estar en presencia de la segunda. En efecto, mientras un fallo en derecho puede estar matizado por la equidad, uno en conciencia carece por completo de referencia al derecho.

La equidad puede y generalmente aparece en un fallo en conciencia, pero su sola aparición no torna una decisión judicial en un fallo de esta naturaleza.

En esos términos, no todo laudo arbitral en el que la equidad haya atemperado la decisión será susceptible de ser anulado bajo la causal en comento, pues, se reitera, sólo cuando existe abstracción total del ordenamiento jurídico, manifestación expresa de ser un fallo en conciencia o carencia de sustento probatorio en la decisión, estaremos en presencia de un laudo en conciencia.

Arbitraje Comercial Internacional en Chile: *Una mirada jurisprudencial*

*Elina Mereminskaya**

SUMARIO

1. El marco histórico y normativo del arbitraje comercial internacional en Chile. 2. El alcance práctico del artículo 5 de la LACI. 3. Recurso de nulidad contra las sentencias arbitrales internacionales dictadas en Chile. 4. Valor vinculante de un acuerdo arbitral internacional. 5. Medidas cautelares. 6. Reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras. 7. ¿Carácter ejecutivo de la sentencia arbitral extranjera? Reconocimiento de una sentencia sujeta al proceso de anulación en el país de origen. 8. Conclusión.

1. EL MARCO HISTÓRICO Y NORMATIVO DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN CHILE

La legislación que rige el arbitraje en Chile remonta sus orígenes a fines del siglo XIX, más precisamente, a la Ley Orgánica de Tribunales del año 1875. Las disposiciones fundamentales por las que actualmente se rige el arbitraje interno o doméstico en Chile, se encuentran contempladas en el Título IX, Arts. 222 al 243 del Código Orgánico de Tribunales (COT) del año 1903 y

* Doctora y Magíster en Derecho (Universidad de Göttingen, Alemania). Abogada (Universidad Rusa de Emmanuel Kant, Rusia). Consejera Especial para Arbitraje Internacional, Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago. Profesora de la Escuela de Graduados, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

en el Título VIII del Libro III, Arts. 628 al 644 del Código de Procedimiento Civil (CPC) del año 1943.

El Art. 222 del COT consagra la naturaleza jurisdiccional del arbitraje interno de la siguiente manera: “Se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso”. De esta manera, el arbitraje fue concebido como una jurisdicción análoga a la de los tribunales ordinarios.¹ En esta misma línea, la jurisprudencia nacional ha señalado que “los árbitros están encargados de administrar justicia y desempeñan, por consiguiente, una función pública, toda vez que la jurisdicción es atributo exclusivo del Estado y sólo los órganos por él autorizados pueden ejercerla”.²

El sistema jurídico chileno permite distinguir dos categorías de arbitraje doméstico: el arbitraje forzoso y el arbitraje voluntario. El arbitraje forzoso constituye la única vía que la ley consagra para resolver conflictos, cuya naturaleza particular requiere de una justicia amigable y eficiente, liberando con ello, al mismo tiempo, a los tribunales ordinarios de pleitos cargados de minuciosos detalles³. Aunque se cuestiona el carácter coercitivo con que se impone esa búsqueda de paz social⁴, el arbitraje forzoso se ha transformado, en opinión de operadores jurídicos, en una herramienta práctica y eficaz⁵.

1. Aylwin, Patricio, *El juicio arbitral*, Ed. Jurídica, Santiago, 2005, p. 49.
2. Corte de Apelaciones de Santiago, “Urrutia con de la Maza”, 29 de julio de 1986, pp. 80-82, *El Arbitraje en la Jurisprudencia Chilena*, CCS, Santiago, 2005.
3. Eyzaguirre, Rafael, *El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1981, p. 24; Aylwin, Patricio, *op. cit.*, pp. 84-117, quien en base al Art. 227 del COT distingue siete grupos de casos: La liquidación de una sociedad conyugal o de cierto tipo de sociedades y comunidades, la partición de bienes, juicios relativos a la presentación de cuentas, diferencias que ocurran entre socios de determinadas sociedades, cuestiones sobre derechos o repartición de aguas, negociación colectiva en materia laboral, y materias comerciales como la avería común, seguros y comercio marítimo.
4. Picard, Eduardo, *Arbitraje comercial internacional*, Tomo I, Ed. Jurídica, Santiago, 2005, pp. 54-56.
5. Acorde a los resultados de la encuesta de opinión de la comunidad jurídica chilena, realizada por el CAM Santiago en el año 2010, cerca de un 45% de los encuestados escogieron la opción de ampliar las materias sujetas al arbitraje forzoso y cerca del 40% estimaron que la situación actual debería mantenerse.

La alta investidura de los árbitros, el hecho que "*como jueces, están sujetos a la jurisdicción correccional, disciplinaria y económica que corresponde a la Corte Suprema sobre todos los tribunales de la nación*",⁶ y la modalidad del arbitraje forzoso, sin duda han contribuido a que muy tempranamente el arbitraje se haya convertido en un exitoso método de resolución de conflictos y se haya ganado el reconocimiento del mundo jurídico chileno.⁷

Ese escenario normativo fue complementado en el año 1992 por la creación de una primera institución dedicada a la administración de los arbitrajes. En particular, la Cámara de Comercio de Santiago estableció el Centro de Arbitraje y Mediación (CAM Santiago). A partir de ese momento, el número de causas sometidas al arbitraje institucional del CAM Santiago ha crecido de manera sostenida, superando hasta la fecha los mil doscientos arbitrajes.

En materia de arbitraje comercial internacional, rigen en Chile la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York) y la Convención Interamericana de Panamá sobre arbitraje comercial internacional, ratificadas en el año 1975 y 1976 respectivamente. Como es sabido, estos instrumentos internacionales regulan dos aspectos fundamentales del arbitraje. En particular, obligan a los Estados a otorgar el reconocimiento a los pactos de sumisión al arbitraje y a los laudos arbitrales internacionales. Sin embargo, la vigencia de estas Convenciones no había significado mayor despliegue del arbitraje comercial internacional en Chile, dado que éste carecía de una regulación específica, susceptible de satisfacer las necesidades de la contratación transfronteriza contemporánea.

6. Aylwin, Patricio, *op.cit.*, p. 462.

7. Jorquiera, Carlos Eugenio y Helminger, Karin, "Chile", en Blacksby, Nigel, Lindsey, David, Spinillo, Alessandro (Editores), *International Arbitration in Latin America*, Kluwer Law International, La Haya, 2002, pp. 89-110.

La Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional (LACI) de 29 de septiembre del año 2004 vino a suplir justamente este vacío. La LACI ha incorporado al derecho chileno, en forma íntegra, la Ley Modelo de Arbitraje (LMA), elaborada, en el año 1985, por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI en castellano o UNCITRAL en inglés). La Ley N° 19.971 regula arbitrajes que cumplen con el requisito de internacionalidad y comercialidad. La aplicabilidad de la Ley N° 19.971 exige, asimismo, que se cumpla un requisito territorial. Conforme con lo que dispone el Art. 1.2, la Ley se aplica cuando el lugar de arbitraje esté situado en el territorio de Chile.⁸ Siempre y cuando un arbitraje presente esas características, la aplicación de la LACI es automática y no tiene que ser pactada por las partes.

Según el Mensaje del Ejecutivo, la aprobación de la LACI se hizo necesaria debido a la integración del país a la economía mundial y, como consecuencia de ésta, era menester ofrecer a los nacionales chilenos los mecanismos legales que les permitieran resolver sus diferencias comerciales internacionales en Chile. Asimismo, se planteó la aspiración a que *"nuestro país ocupe un lugar destacado como centro de arbitraje en el comercio internacional, especialmente a nivel latinoamericano"*.⁹ Dicha opción se presenta a partir del ámbito material de aplicación de la Ley N° 19.971. Éste se define, siguiendo los parámetros de la LMA, principalmente sobre la base de dos criterios. El primero de ellos se enfoca en las partes del procedimiento arbitral, y el segundo, está relacionado con elementos sustantivos de la disputa.¹⁰

En concordancia con la aspiración de transformar a Chile en un centro relevante de arbitraje internacional, resultan interesantes los criterios de internacionalidad relacionados con las

8. El mismo precepto admite cuatro excepciones de esta regla, en lo relativo a la aplicación de los artículos 8, 9, 35 y 36, los cuales se aplican sin importar dónde se encuentra la sede del arbitraje.

9. Mensaje 15-349. La discusión parlamentaria al Proyecto de Ley 19.971 está disponible en la página web de la Cámara de Diputados, www.cnmara.cl.

10. Rolfes, Alan y Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4ª Ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2004, pp. 13 y ss.

partes de la disputa. Tales criterios de internacionalidad son aquellos que permiten usar a Chile como sede del arbitraje sin que el objeto de la controversia necesariamente tenga que estar relacionado con la economía chilena. Así, en virtud del Art. 1.3.a de la LACI, el arbitraje es internacional si las partes del acuerdo de arbitraje tienen sus establecimientos en Estados diferentes. Por ejemplo, esta causal se cumple si el acuerdo de arbitraje se celebra entre una empresa chilena y una ecuatoriana. Pero la causal también se observa si el acuerdo arbitral se perfecciona entre esta última y una sociedad brasileña. Asimismo, según el Art. 1.3.b.i de la LACI, el arbitraje es internacional, si las partes tienen sus establecimientos en un solo Estado, pero sitúan el lugar del arbitraje fuera de su territorio nacional. Este requisito se cumple, por ejemplo, cuando dos empresas ecuatorianas se someten a un arbitraje con sede en Chile.

Como es bien sabido, uno de los factores más relevantes que inciden en la selección de una determinada sede del arbitraje, corresponde a la postura de los tribunales nacionales con respecto al arbitraje comercial internacional. Transcurridos seis años desde la entrada en vigor de la Ley N° 19.971, interesa analizar su recepción por parte de los tribunales ordinarios. A continuación se presentan las sentencias dictadas por la justicia ordinaria chilena en aplicación de la LACI.

2. EL ALCANCE PRÁCTICO DEL ARTÍCULO 5 DE LA LACI

La autonomía del arbitraje comercial internacional frente a la justicia ordinaria refleja una de las ventajas de este procedimiento que permite a las partes diseñarlo según sus necesidades. Acorde con ello, a los tribunales domésticos únicamente se les asignan las funciones de supervisión y apoyo a los procesos arbitrales. Este principio se expresa en el artículo 5 de la Ley N° 19.971, que estipula: *"En los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta ley así lo*

disponga". Las pocas situaciones en las cuales la misma LACI permite tal intervención son las siguientes:¹¹

- i. En los casos en los cuales una parte del acuerdo arbitral solicite al tribunal remitir el caso a arbitraje ante una cláusula de arbitraje válida (art. 8);
- ii. En los casos en los que se pida la dictación de las medidas precautorias (arts. 9);
- iii. En los casos relacionados con el nombramiento, recusación o sustitución de los árbitros, cuando no hay acuerdo de las partes sobre el procedimiento, como sería en el caso del arbitraje institucional, o cuando éste no se cumpla (arts. 11, 13 y 14);
- iv. En los casos en que se pida la nulidad de la decisión afirmativa del tribunal arbitral acerca de su competencia (art. 16);
- v. En los casos en los cuales el tribunal arbitral o una de las partes pida la asistencia de un tribunal ordinario para la práctica de pruebas (art. 27);
- vi. En los casos en los cuales una de las partes solicite la nulidad del laudo (art. 34), y
- vii. En los casos en los cuales se solicite la ejecución de un laudo (arts. 35 y 36).

El tenor literal del artículo 5 de la LACI causó una gran polémica durante los trámites legislativos e inicialmente fue removido por la Cámara de Diputados. Se logró su reincorporación al texto de la ley, pero la norma fue aprobada con el siguiente oficio del Tribunal Constitucional:

"El artículo 5º del proyecto debía dejar a salvo la facultad que a aquélla otorga el artículo 79 de la Constitución Política de ejercer la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación, e igualmente el conocimiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitu-

11. Jiménez Figueres, Dyalá y Armer Ríos, Angie. "Notas sobre la nueva ley chilena de arbitraje comercial internacional", *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 4, 2005, pp. 307-326.

cionalidad de las leyes que le confiere el artículo 80 de la Carta Fundamental”.

Asimismo, el Tribunal sostuvo que los preceptos legales

“dejan a salvo las atribuciones que la Constitución otorga a la Corte Suprema según quedó expuesto, así como también, las acciones jurisdiccionales que contempla la Carta Política a favor de quienes puedan verse afectados en sus derechos fundamentales por la aplicación de esta ley” (el recurso de protección).

La aplicación práctica del artículo 5 de la LACI, sin embargo, ha estado marcada por el reconocimiento de la naturaleza autónoma del arbitraje comercial internacional por parte de las Cortes chilenas. Así, en uno de los primeros fallos en aplicación de la Ley N° 19.971, la Corte tuvo la oportunidad para indagar en este asunto, junto con analizar el ámbito temporal de su aplicación. En esa ocasión, la parte demandada en un arbitraje seguido ante el CAM Santiago, alegaba que el contrato se había suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley N° 19.971 y que, por ello, el procedimiento arbitral tenía que someterse a las normas que rigen el arbitraje interno.¹² De haber aceptado la Corte esta línea de argumentación, habría tenido que estimar que contra las resoluciones de los árbitros estaban disponibles todos los recursos propios del sistema de arbitraje doméstico. Dado que en esa ocasión, las partes del acuerdo de arbitraje no habían renunciado a los recursos –algo que en la práctica ocurre en la mayoría abrumante de los casos– el recurso de hecho intentado por la demandada eventualmente habría sido admisible.

Resolviendo sobre lo particular, la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo lo siguiente:

12. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 865-2006, 25 de mayo de 2006. Las sentencias citadas con su número de rol, pueden ser encontradas a través de la página oficial del Poder Judicial de Chile: www.poderjudicial.cl.

“Es del caso concluir que por ser la Ley N° 19.971 de carácter netamente procesal, rige desde el momento de su entrada en vigencia y las normas del Código de Procedimiento Civil y otras que regulaban estas materias al momento de celebrarse el contrato, no están comprendidas, en caso alguno, dentro de las que deben entenderse incorporadas al contrato a la fecha de su celebración. De esta forma es aquella la norma aplicable a la sazón y, de conformidad a lo establecido en el artículo 5° antes transcrito, sólo cabe resolver que la resolución en que incide el recurso de hecho no es susceptible de apelación, por lo cual deberá ser desestimado”.

En el contexto de ese mismo arbitraje, la parte demandada había intentado cuestionar la resolución del Presidente de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS) acerca de la designación del árbitro de acuerdo al mandato otorgado por las partes. En esa resolución, asimismo, se señalaba que el procedimiento arbitral iba a estar sometido a la Ley N° 19.971 por cumplirse los requisitos de aplicación de ésta. Contra esta decisión la parte demandada recurrió de protección, invocando el inciso 4 del N° 3 del artículo 19 de la Constitución chilena. Alegó que el recurrido se habría atribuido una facultad jurisdiccional y, pretendiendo ser un Tribunal de Justicia, dictó una resolución mediante la cual instruía y ordenaba al tribunal arbitral cómo debía abordar la resolución de la contienda.

Al rechazar el recurso de protección, la Corte de Apelaciones falló que la LACI rige en Chile desde el día 4 de septiembre de 2004 y que a la fecha en que se solicitó a la CCS la designación de árbitro, dicha ley ya tenía vigencia. Por lo tanto, el árbitro, en su resolución de fecha 26 de diciembre de 2005, no hizo sino aplicar una ley que ya regía en Chile en materia de arbitraje comercial internacional. Asimismo, señala la sentencia, que

“las partes acordaron someter sus disputas, controversias o diferencias, a arbitraje de acuerdo con las reglas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago, y ésta aplica la Ley N° 19.971 en los casos de Arbitrajes Comerciales

Internacionales, ya que es una garantía de certeza jurídica a las partes y demuestra, a la comunidad internacional, el funcionamiento adecuado e imparcial de la institucionalidad de nuestro país”.¹³

En esta misma línea de decisiones jurisprudenciales favorables se enmarca un fallo más reciente, el cual declaró inadmisibile el recurso de queja presentado contra una sentencia arbitral internacional dictada en Chile. El recurso de queja es regulado por el art. 545 del COT de Chile:

“El recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional. Sólo procederá cuando la falta o abuso se cometa en sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o definitiva, y que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario, sin perjuicio de la atribución de la Corte Suprema para actuar de oficio en ejercicio de sus facultades disciplinarias”.

En este caso, el recurso fue interpuesto contra la sentencia de un árbitro único que tuvo a su cargo el arbitraje desarrollado de conformidad con la Ley N° 19.971 y bajo las reglas del CAM Santiago. La Corte de Apelaciones de Santiago, reconociendo la aplicabilidad de la Ley N° 19.971, se refirió a artículo 34 de ésta, señalando que *“sólo contempla el recurso de nulidad como única vía de impugnación del laudo que se dicte en un arbitraje como el de la especie, excluyendo así aquel intentado por el actor”*. A continuación, la Corte sostuvo que,

“a mayor abundamiento, el recurrente pretende que por esta vía se modifique y enmiende la sentencia dictada en autos, efecto que el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales impide, atendido precisamente la existencia de un único recurso especial concebido para la revisión de la sentencia definitiva”.¹⁴

13. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 88-2006, 3 de mayo de 2006.

Estas decisiones confirman que los recursos disponibles contra los laudos arbitrales internacionales dictados en Chile se limitan a uno solo, a saber, la petición de nulidad contemplada en el artículo 34 de la LACI.

3. RECURSO DE NULIDAD CONTRA LAS SENTENCIAS ARBITRALES INTERNACIONALES DICTADAS EN CHILE

Hasta la fecha, un recurso de nulidad fue resuelto por los tribunales chilenos. El recurso fue presentado en contra de un laudo pronunciado por un árbitro *ad hoc* en un arbitraje internacional con sede en Santiago.¹⁴ La parte reclamante alegó que el laudo arbitral se fundó en información contenida en un documento emanado de un tercero que no había sido acompañado legalmente a los autos, cuyo contenido no había sido ratificado por ese tercero declarando como testigo en la causa y que no tuvo oportunidad de refutar, determinándose los perjuicios a través de meras especulaciones y no de las pruebas de la causa. De la misma forma, sostuvo que el laudo contraviene el orden público procesal al violentar su derecho a la defensa y el principio del debido proceso.

La Corte, en primer lugar, recordó que el recurso de nulidad

“viene a constituir un recurso extraordinario, de derecho estricto, donde la actuación del Tribunal se limita a verificar la concurrencia de las causales invocadas en relación a los hechos que las fundamentan. La acción otorga competencia a la Corte para examinar el cumplimiento de las formas del juicio arbitral, especialmente en cuanto a las garantías formales que la propia ley establece de modo imperativo, para asegurar una correcta génesis del laudo”.

14. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2363-2010, 23 de julio de 2010.

15. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 9134-2007, 4 de agosto de 2009.

Con respecto al fondo del recurso, sostuvo que los documentos obtenidos de la base de datos que sirvieron para determinar los perjuicios

“no eran ajenos al proceso, ni por ende desconocidos para la recurrente, toda vez que la demandante los acompañó formalmente a fojas 578, los refirió en su presentación de fojas 1.308, así como en la audiencia de reconocimiento. Al estar en conocimiento de los mismos, no resulta tampoco efectivo que no tuviera oportunidad para refutarlos, sobre todo si se tiene en cuenta que hizo uso de la citación conferida cuando fueron acompañados, y se encontraba presente en la diligencia de reconocimiento sin observar nada al respecto. Por lo demás, una vez puesto –el peritaje– en su conocimiento, pudo hacer –y así lo hizo– las observaciones que estimó pertinentes. En definitiva, la demandada siempre tuvo conocimiento que se utilizaría como base para determinar los perjuicios, la información proveniente de una base de datos pública, cuyo detalle se agregó al proceso, por lo que no es posible sostener que el sentenciador haya apoyado su fallo en elementos probatorios inexistentes en el proceso o pruebas que no fueron introducidas al debate”.

Por último, la Corte recalcó que el medio de prueba cuestionado por la recurrente no era

“la prueba documental sino que la pericial, que tiene por finalidad auxiliar al Tribunal, en cuestiones de hecho, concretas, para las cuales se requiere de conocimientos especiales sobre alguna ciencia o arte, cuya naturaleza jurídica es distinta de la anterior y cuya eficacia se valora conforme a las reglas de la sana crítica, esto es, conforme a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los aportes que surgen del desarrollo científico”.

Por las razones expuestas, la Corte concluyó que no se habían configurado las causales invocadas por la recurrente y rechazó el recurso de nulidad.

Actualmente, una nueva petición de nulidad de un laudo arbitral se encuentra en trámite ante la Corte de Apelaciones de Santiago.¹⁶ Hasta el momento en que se escriben estas líneas el procedimiento ha avanzado con respecto a una de las peticiones de la parte recurrente. En particular, ella invocó el art. 34.4 de la LACI, el que señala:

“El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad”.

La Corte sostuvo que

“el artículo 34 de la Ley N° 19.971 contempla una figura especial de suspensión, que requiere la remisión de los autos al árbitro para ello, y la concurrente suspensión por esta Corte del conocimiento del presente recurso, situación para la cual este tribunal no encuentra razones justificadas que lo ameriten, se rechaza la solicitud formulada por la compareciente”.¹⁷

De esta manera, la tramitación de la petición de nulidad seguirá acorde al procedimiento establecido, debiendo ser incluido en tabla con la preferencia consagrada en el art. 34.5 de la LACI.

16. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1420-2010.

17. Resolución de la Corte de 11 de agosto de 2010.

4. VALOR VINCULANTE DE UN ACUERDO ARBITRAL INTERNACIONAL

Para poder hacer efectiva la sumisión al arbitraje, las partes de un contrato internacional deben preocuparse de celebrar un acuerdo de arbitraje válido y ejecutable. Con la expresión "acuerdo de arbitraje", la Ley N° 19.971 hace referencia tanto a "una cláusula compromisoria incluida en un contrato" como a "un acuerdo independiente" (art. 7.1).

Ambas formas del acuerdo de arbitraje poseen el mismo valor jurídico, y es irrelevante si el acuerdo de arbitraje se ha celebrado con anterioridad o con posterioridad al surgimiento de la disputa, o si indica o no los nombres de los árbitros. Desde el punto de vista de validez sustantiva, el acuerdo de arbitraje es obligatorio para las partes, a menos que un tribunal ordinario determine que tal acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible (art. 8.1 de la LACI). Como es sabido, mientras este último aspecto pueda ser discutido ante la justicia nacional, se podrá iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo (art. 8.2).

Hasta la fecha no se conocen fallos dictados por los tribunales chilenos en base a los arts. 7° y 8° de la LACI. Sin embargo, hay sentencias que confirman el valor vinculante de las cláusulas arbitrales internacionales, fundando esas decisiones más bien en principios jurídicos generales.

En el primero de estos casos, el contrato objeto del litigio había sido suscrito entre una empresa chilena y una sociedad norteamericana.¹⁸ La parte chilena presentó una demanda ante la justicia ordinaria chilena. El tribunal acogió la excepción de incompetencia presentada por la demandada. Para ello se basó en la cláusula de solución de controversias pactada por las partes. En particular, sostuvo que en ésta se había pactado una pró-

18. 21° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 16361-2006, 2 de noviembre de 2007.

rroga de competencia, “mediante la cual cualquier disputa o diferencia que surja entre las partes respecto de la interpretación de este contrato o de cualquier asunto que surja de este contrato o en relación con él, deberá resolverse de acuerdo con las leyes del Estado de Wisconsin”. Más adelante la cláusula contemplaba la reserva del derecho de la parte norteamericana para someter la disputa al arbitraje. De acuerdo a lo anterior, la sentencia concluye que “en cualquiera de los casos mencionados en dicha cláusula este Tribunal sería incompetente”.

En otra ocasión, el contrato que contenía la cláusula arbitral, se había celebrado entre una empresa chilena y una sociedad italiana.¹⁹ La empresa chilena dedujo una demanda de cobro de pesos ante un tribunal ordinario de Antofagasta, frente a lo cual la parte contraria planteó un incidente de nulidad de todo lo obrado por incompetencia del tribunal, el que fue acogido. La disputa acerca de la aplicabilidad de la cláusula arbitral llegó a la Corte Suprema por la vía de la casación en el fondo. El máximo tribunal confirmó la decisión de la primera instancia que remitía a las partes de un acuerdo arbitral al arbitraje.

La parte recurrente de casación buscaba revivir una antigua discusión acerca del supuesto carácter ilícito de la sumisión a jurisdicciones extranjeras. El precepto que había dado lugar a dudas interpretativas de ese tipo es el artículo 1462 del Código Civil, el que declara que hay objeto ilícito “en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Así, la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto”.

Sin embargo, a inicios del mismo año 2008, la Corte Suprema ya había confirmado que las cláusulas de sumisión a los tribunales ordinarios extranjeros eran perfectamente lícitas.²⁰

19. Corte Suprema, Rol N° 2026-2007, 28 de julio de 2008.

20. Corte Suprema, Rol N° 5553-2002, 22 de enero de 2008.

En aquella ocasión, la conclusión de la Corte fue la siguiente:

“Que si bien se ha discutido la validez de la sumisión a una jurisdicción extranjera pactada entre particulares, lo cierto es que en el ejemplo que se da en el precepto recién citado, lo que se prohíbe es someterse a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, puesto que las jurisdicciones extranjeras sí se encuentran reconocidas por las leyes chilenas como aparece de los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil”.

Siguiendo con esta tendencia en el fallo en análisis, la Corte Suprema recurrió a los principios generales del Derecho Internacional Privado para determinar que

“el ordenamiento nacional reconoce explícitamente la posibilidad que los particulares estipulen someter las controversias que de la aplicación de un contrato internacional pudieran derivarse, al conocimiento de tribunales extranjeros, sean ellos ordinarios o arbitrales. Por ende, ningún objeto ilícito hay en la cláusula del contrato suscrito entre las partes, en virtud de la cual acuerdan entregar el conocimiento de los eventuales litigios que de éste se pudieran suscitar, a un tribunal italiano y, por lo mismo, no comete error de derecho la sentencia que declara la incompetencia del tribunal ante el cual se interpuso la demanda para conocer del litigio promovido”.

Las sentencias dictadas muestran un reconocimiento del valor vinculante de los acuerdos de arbitraje por parte de los tribunales chilenos y sólo cabe esperar que los fallos futuros en esta materia se apoyen no tan solo en los principios jurídicos generales, sino que más bien recurran a las disposiciones explícitas de la Ley N° 19.971.

5. MEDIDAS CAUTELARES

Acorde a lo estipulado en el art. 9 de la Ley N° 19.971, “no será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas”. Por lo tanto, los tribunales ordinarios de Chile tienen competencia para dictar medidas cautelares en apoyo a arbitrajes. Lo anterior también rige cuando el tribunal arbitral ya se había constituido o cuando la sede del arbitraje se encuentre en un país extranjero. Se conocen por lo menos dos fallos a través de los cuales, los tribunales domésticos cumplieron con esa labor de asistencia al arbitraje comercial internacional. En el primero de los casos, la petición de medidas cautelares se presentó previo a solicitar un arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional.²¹ En el segundo caso, dichas medidas fueron otorgadas en relación a un arbitraje constituido en el extranjero.²²

Asimismo, en una sentencia reciente, la Corte Suprema precisó que una orden procesal interlocutoria dictada por un tribunal arbitral extranjero no puede ser reconocida en Chile a través del procedimiento de exequátur.²³ La solicitud de exequátur recayó en una resolución dictada en un procedimiento arbitral en EE.UU. En el acuerdo de arbitraje, las partes convinieron que cualquier disputa entre ellas sería sometida a un arbitraje de tres árbitros, que se llevaría a efecto bajo las normas de la Asociación Americana de Arbitraje. Las partes establecieron también que cualquier resolución dictada por el panel arbitral estaría sujeta a los términos de la Convención de Nueva York y que cualquier fallo arbitral entregado por el panel de árbitros sería definitivo y vinculante para las empresas.

21. 28° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° C-5243-2005, de 26 de mayo de 2005.

22. 26° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° C-24011-2009, 24 de agosto de 2009.

23. Corte Suprema de Chile, Rol N° 5468-2009, 11 de mayo de 2010.

Una de las partes había solicitado al tribunal arbitral una medida precautoria tendiente a garantizar el efectivo cumplimiento de la obligación de no competir que recaía sobre la contraria. El panel arbitral decretó la medida precautoria solicitada, ordenándole a la parte demandada abstenerse de ejecutar diversas conductas en relación con los trabajadores o clientes de la parte demandante y con la información confidencial y secretos comerciales de esta última.

La Corte Suprema hizo hincapié en que la normativa relevante vigente en Chile se aplicaba al reconocimiento de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, así como a los laudos arbitrales, en cambio dichas normas no son aplicables al cumplimiento de medidas cautelares dictadas por tribunales extranjeros. A juicio de la Corte,

“no cabe duda alguna que la resolución de cuyo cumplimiento se trata, no constituye, decisión o fallo que resuelva la cuestión principal de la que conoce el tribunal arbitral que lo dictó. Sin embargo, como también podría sostenerse que se trata de una sentencia interlocutoria de aquéllas que fallan un incidente del juicio, sea estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, sea que resuelva sobre algún trámite que deba servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria, resulta pertinente, examinar el contexto jurisdiccional en que fue emitido”.

Al estudiar los antecedentes del caso, la Corte determinó que se trataba de una orden precautoria preliminar en contra de la demandada y que al acogerla, el tribunal arbitral había manifestado *“que esta Orden Precautoria Preliminar se prorrogará y no vencerá hasta que este Tribunal dicte una nueva resolución o hasta que las partes convengan algo distinto”*. A juicio de la Corte Suprema, de lo analizado resulta evidente que la materia del exequátur no es una sentencia interlocutoria que establezca derechos permanentes, desde que el propio tribunal que la dictó, le dio el carácter de preliminar y porque, en definitiva, las medidas precautorias son esencialmente provisionales. Puede argüirse que al aco-

ger la petición del exequátur, la concreción y mantenimiento en el tiempo de dichas medidas llevaría a decidir desde ya, acerca de las principales peticiones planteadas en la demanda. Por estos motivos, la petición de exequátur fue denegada.

Esta decisión del máximo tribunal nos permite concluir que el procedimiento de exequátur no es aplicable a las medidas cautelares dictadas por los tribunales arbitrales extranjeros. La solicitud de tales medidas debe presentarse directamente ante los tribunales chilenos, según lo que se desprende del artículo 9 de la Ley N° 19.971.

6. RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS

En los últimos años, la Corte Suprema de Chile ha tenido que resolver sobre una serie de solicitudes de reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras. Hasta el momento, el máximo tribunal ha acogido todas las peticiones del exequátur presentadas.

Uno de los fallos más ilustrativos y completos recayó sobre la solicitud del exequátur de una sentencia arbitral pronunciada en Brasil.²⁴ El fallo de la Corte Suprema rechazó una serie de argumentos de la parte demandada, con los cuales pretendía se negara el reconocimiento del laudo arbitral. En primer lugar, el demandado alegaba la falta de validez de la cláusula compromisoria por su ambigüedad y por ser incompleta e imprecisa. Sin embargo, estos planteamientos fueron previamente desestimados por un tribunal ordinario de São Paulo, el que confirmó la validez de la cláusula compromisoria y fijó el procedimiento que permitía suplir sus deficiencias. Aquella sentencia del tribunal ordinario confirmando la validez del acuerdo arbitral, había sido objeto de recursos posteriores. Ello a juicio del demandado

24. Corte Suprema, Rol N° 6615-2007, 15 de septiembre de 2008.

significaba que el laudo arbitral no se encontraba ejecutoriado. Frente a ese planteamiento, la Corte chilena subrayó que la sentencia objeto del procedimiento de exequátur era el laudo arbitral y no la sentencia del tribunal ordinario brasileño que se había pronunciado sobre la validez de la cláusula. Según la ley brasileña, el plazo para pedir la nulidad del laudo era de 90 días y no existían antecedentes de que se hubiera entablado un procedimiento de esta índole.

El segundo grupo de argumentos del demandado apuntaba a que la realización del procedimiento arbitral en el idioma portugués le impedía hacer valer sus derechos y constituía una violación del debido proceso. El planteamiento fue desestimado por la Corte, ya que el demandado había sido *“personalmente notificado de la acción, contestó la demanda, dedujo la reconvencción y opuso excepciones, fue patrocinado por un estudio jurídico y notificado de la sentencia, respecto de la cual no se alzó”*.

Por último, el demandado invocaba la excepción del orden público, argumentando que la sentencia arbitral aplicaba intereses sobre intereses, lo cual estaría prohibido por la legislación nacional, violando, asimismo, otras normas del derecho chileno con respecto al pago de intereses. Frente a ello, el informe de la Fiscal Judicial indica que, en la legislación actual de Chile, la institución de los intereses compuestos está expresamente reconocida por el artículo 9 de la Ley N° 18.010 que Establece Normas para las Operaciones de Crédito y otras Obligaciones de Dinero. Sin perjuicio de ello, la sentencia del máximo tribunal señala que las alegaciones del demandado sobre el cálculo de interés *“constituyen una alegación de fondo, que escapa del control del exequátur, por lo que no corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre la materia sino a aquél que conozca de la ejecución del fallo”*.

De manera semejante se desarrolló la argumentación en un procedimiento de exequátur con respecto de una sentencia arbitral dictada con sede en EE.UU.²⁵ En su análisis, la Corte Suprema partió de la premisa que la función del exequátur con-

sistía en “verificar el cumplimiento de ciertos requisitos mínimos y no se encuentra destinado, de manera alguna, a analizar la justicia o injusticia intrínseca de la sentencia de modo que de manera alguna constituye una instancia de revisión de lo allí resuelto”.

El fallo, junto con invocar la Ley N° 19.971, recurrió a la Convención de Nueva York. La Corte descartó analizar la excepción fundada en que no se había acreditado la existencia y reconocimiento en los Estados Unidos o en Chile de la sociedad demandante, ni tampoco se ha confirmado a quién corresponde la representación de ésta. Señaló que dicha causal no se encontraba dentro de aquellas consagradas en los artículos IV y V de la Convención de Nueva York y que ese asunto debió haber sido discutido en el procedimiento arbitral.

El máximo tribunal estimó que la parte demandada no se había visto impedida de hacer valer sus derechos, dado que participó en el arbitraje, opuso la excepción de contrato no cumplido, presentó una demanda reconventional, la que fue acogida en parte, y rindió pruebas documental y testimonial. Asimismo, subrayó que en el contexto del procedimiento de exequátur no era pertinente efectuar una revisión de la solución del fondo del asunto adoptada por los árbitros extranjeros o evaluar la ponderación que ellos hicieron de las pruebas. Agrega la sentencia que

“a idéntica conclusión se arriba si se examina la alegación de supuesta falta de imparcialidad del tribunal arbitral, reclamada por [la parte] oponente, desde que su fundamento se lo hace consistir en simples conjeturas, las cuales, a su vez, se construyen sobre la base de una decisión que considera injusta”.

Frente al argumento de la demandada de que el laudo arbitral carecería de carácter obligatorio o definitivo, la Corte Suprema observó que dicha sentencia arbitral había sido confirmada por el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, motivo por

25. Corte Suprema de Chile, Rol N° 3225-2008, 8 de septiembre de 2009.

el cual *"puede concluirse con certeza que se encuentra justificado que aquél es obligatorio para quienes han sido partes en dicho compromiso"*.

Por último, la decisión más reciente recayó en una sentencia dictada en un proceso arbitral administrado por la Corte de Arbitraje Internacional de Londres. En ese caso, la parte demandada en el arbitraje, si bien había participado en la designación del árbitro de común acuerdo, con posterioridad no intervino en el proceso arbitral, dictándose la sentencia arbitral en su contra. El procedimiento de exequátur, asimismo, fue tramitado en rebeldía de la parte vencida en el arbitraje.

En su fallo, la Corte dedica una especial atención a la determinación de la normativa aplicable al reconocimiento de las sentencias arbitrales extranjeras. Como es habitual en su jurisprudencia, pasa revista del sistema chileno sobre cumplimiento de los fallos extranjeros, cuyos pilares están sentados en los artículos 242 a 251 del Código de Procedimiento Civil. Dentro de ese sistema denominado por la Corte "en cascada", se aplica la reciprocidad creada por los tratados existentes, la reciprocidad legal o interpretativa y, en ausencia de esos antecedentes, pasa a regir el criterio de regularidad internacional. La Corte sostuvo que

"ante los claros términos de la Ley N° 19.971, la regularidad de la sentencia cuya autorización para el cumplimiento en Chile se requiere, debe ser estudiada al tenor de la normativa, considerando especialmente los artículos 35 y 36, todo sin dejar de tener presente la Convención de Nueva York, puesto que fue este marco regulatorio el atendido y sobre la base de cuya aplicación se desarrolló el arbitraje".

La parte requirente del exequátur sostenía que la sentencia arbitral reunía todas las condiciones legales para que éste sea otorgado, y que la parte demandada no había formulado objeción alguna. El máximo tribunal corroboró la existencia de una cláusula arbitral incluida en los contratos objeto de la controversia y que la demandada

“no se vio impedida de ejercer su derecho a la defensa sino que simplemente decidió, de forma voluntaria, mantenerse rebelde en aquél procedimiento, no obstante haber sido debidamente emplazada, actitud ésta que no puede, de manera alguna, identificarse con indefensión”.

Por las razones expuestas, la solicitud de exequátur fue acogida y el cumplimiento de la sentencia arbitral autorizado.

7. ¿CARÁCTER EJECUTORIADO DE LA SENTENCIA ARBITRAL EXTRANJERA? RECONOCIMIENTO DE UNA SENTENCIA SUJETA AL PROCESO DE ANULACIÓN EN EL PAÍS DE ORIGEN

En las sentencias citadas en el acápite anterior, se percibe un grado de inquietud de la Corte Suprema por confirmar el carácter ejecutoriado del fallo arbitral. Dicha práctica de la Corte Suprema, la de solicitar un certificado de ejecutoria de las sentencias extranjeras, tiene su origen en lo previsto por el artículo 245 del CPC chileno, la norma que contempla los criterios que deben satisfacer los fallos dictados fuera del territorio nacional. El numeral 4 de este precepto requiere que la sentencia extranjera se encuentre ejecutoriada en conformidad a las leyes del país en que haya sido pronunciada. A mayor abundamiento, el artículo 246 del CPC proclama que en el caso de las resoluciones expedidas por árbitros extranjeros, “*se hará constar su autenticidad y eficacia por el visto bueno u otro signo de aprobación emanado de un tribunal superior ordinario del país donde se haya dictado el fallo*”.

En materia de arbitraje, dicho requisito debe haber quedado descartado a partir de la ratificación de la Convención de Nueva York, con mayor razón cuando el artículo 242 del mismo Código hace primar los tratados internacionales por sobre las estipulaciones domésticas. En la jurisprudencia reciente, dicho requisito no fue un obstáculo para el reconocimiento de los laudos arbitra-

les, sin embargo, seguía siendo invocado por la Corte.²⁶ Dicha práctica se ilustra, por ejemplo, en el contexto de un exequátur otorgado en el año 2007 a una sentencia arbitral dictada en Argentina.²⁷ La Corte, aunque no exigió la observancia estricta del artículo 246 del CPC, tomó expresamente en consideración las certificaciones emanadas de los tribunales argentinos y de la institución administradora del arbitraje, en las que se daba cuenta del rechazo de los recursos interpuestos contra la sentencia arbitral. Finalmente, la Corte concluyó que, constando que la sentencia arbitral se encontraba ejecutoriada y cumpliéndose los requisitos del artículo IV de la Convención de Nueva York, se concedía el exequátur.

Frente a esta práctica resulta decisiva la innovadora postura que la Corte Suprema adoptó en un procedimiento de exequátur de una sentencia arbitral dictada en Francia, que se encontraba sujeta a un proceso de anulación en el país de su origen.²⁸ La parte demandada en el arbitraje se opuso al reconocimiento de la sentencia arbitral invocando, entre otros motivos, que el laudo arbitral no era obligatorio aún para las partes o que había sido anulado o suspendido por un tribunal del país de su dictación (art. V.I.e. de la Convención de Nueva York y art. 36.1.a.v de la LACI), debido a que la sentencia arbitral se encontraba sujeta a un procedimiento de anulación pendiente ante la Corte de Apelaciones de París.

Según el derecho francés, la interposición del recurso de nulidad tiene para el laudo arbitral efectos suspensivos. Sin embargo, la Corte Suprema sostuvo que la ley aplicable al reconocimiento de esa sentencia extranjera era la ley chilena, y por ende las consecuencias específicas previstas por el derecho francés para esos efectos, no tenían relevancia. La existencia de un proceso de anulación pendiente no era suficiente para denegar el

26. Ver, por ejemplo, Corte Suprema, Rol N° 6615-2007, 15 de septiembre de 2008; Corte Suprema, Rol N° 3225-2008, 8 de septiembre de 2009.

27. Corte Suprema, Rol N° 6600-2005, 11 de enero de 2007.

28. Corte Suprema, Rol N° 5228-2008, 15 de diciembre de 2009.

exequátur, sino que era necesario que se acreditara la correspondiente anulación o suspensión del fallo.

Por último, la Corte se refirió a que el laudo era obligatorio para las partes acorde a lo establecido en el Reglamento aplicable al procedimiento arbitral. En particular, el máximo tribunal proclamó:

“De otra parte, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional señala en su artículo 28 N° 6 que: ‘Todo Laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier Laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente’. De dicha disposición se sigue que la sentencia dictada por dicho tribunal resulta irreformable en el sistema previsto por esa normativa, de forma tal que el recurso formulado ante la justicia de Francia, no suspende los efectos de aquella, la que mantiene su vigencia y es posible ejecutarla en tanto no exista resolución de contrario, desde el momento que la tramitación dispuesta en el marco de esa Cámara arbitral lo fue en un contrato internacional suscrito por una entidad bancaria alemana y un mutuario chileno, quienes han recurrido al organismo arbitral y no al sistema judicial francés, por todo lo cual esta alegación también debe ser rechazada”.

La solución más adecuada en este contexto sería seguir con esta misma línea argumentativa, reforzando el carácter obligatorio de las sentencias arbitrales extranjeras.

8. CONCLUSIÓN

La jurisprudencia analizada ilustra una postura consistente de apoyo por parte de los tribunales ordinarios chilenos hacia el arbitraje comercial internacional. La Ley N° 19.971 ha tenido una acogida favorable en la jurisprudencia chilena. Es de esperar que

en la medida en que el número de los casos internacionales crezca, el vocabulario conceptual y teórico de las Cortes se desarrolle y profundice, siempre con miras de trabajar hacia la consagración de Chile como una atractiva sede de arbitrajes internacionales.

Arbitraje Comercial Internacional en Chile: *Una mirada jurisprudencial*

*Elina Mereminskaya**

SUMARIO

1. El marco histórico y normativo del arbitraje comercial internacional en Chile. 2. El alcance práctico del artículo 5 de la LACI. 3. Recurso de nulidad contra las sentencias arbitrales internacionales dictadas en Chile. 4. Valor vinculante de un acuerdo arbitral internacional. 5. Medidas cautelares. 6. Reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras. 7. ¿Carácter ejecutivo de la sentencia arbitral extranjera? Reconocimiento de una sentencia sujeta al proceso de anulación en el país de origen. 8. Conclusión.

1. EL MARCO HISTÓRICO Y NORMATIVO DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN CHILE

La legislación que rige el arbitraje en Chile remonta sus orígenes a fines del siglo XIX, más precisamente, a la Ley Orgánica de Tribunales del año 1875. Las disposiciones fundamentales por las que actualmente se rige el arbitraje interno o doméstico en Chile, se encuentran contempladas en el Título IX, Arts. 222 al 243 del Código Orgánico de Tribunales (COT) del año 1903 y

* Doctora y Magíster en Derecho (Universidad de Göttingen, Alemania). Abogada (Universidad Rusa de Emmanuel Kant, Rusia). Consejera Especial para Arbitraje Internacional, Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago. Profesora de la Escuela de Graduados, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

en el Título VIII del Libro III, Arts. 628 al 644 del Código de Procedimiento Civil (CPC) del año 1943.

El Art. 222 del COT consagra la naturaleza jurisdiccional del arbitraje interno de la siguiente manera: “Se llaman árbitros los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso”. De esta manera, el arbitraje fue concebido como una jurisdicción análoga a la de los tribunales ordinarios.¹ En esta misma línea, la jurisprudencia nacional ha señalado que “los árbitros están encargados de administrar justicia y desempeñan, por consiguiente, una función pública, toda vez que la jurisdicción es atributo exclusivo del Estado y sólo los órganos por él autorizados pueden ejercerla”.²

El sistema jurídico chileno permite distinguir dos categorías de arbitraje doméstico: el arbitraje forzoso y el arbitraje voluntario. El arbitraje forzoso constituye la única vía que la ley consagra para resolver conflictos, cuya naturaleza particular requiere de una justicia amigable y eficiente, liberando con ello, al mismo tiempo, a los tribunales ordinarios de pleitos cargados de minuciosos detalles³. Aunque se cuestiona el carácter coercitivo con que se impone esa búsqueda de paz social⁴, el arbitraje forzoso se ha transformado, en opinión de operadores jurídicos, en una herramienta práctica y eficaz⁵.

1. Aylwin, Patricio, *El juicio arbitral*, Ed. Jurídica, Santiago, 2005, p. 49.

2. Corte de Apelaciones de Santiago, “Urrutia con de la Maza”, 29 de julio de 1986, pp. 80-82, *El Arbitraje en la Jurisprudencia Chilena*, CCS, Santiago, 2005.

3. Eyzaguirre, Rafael, *El arbitraje comercial en la legislación chilena y su regulación internacional*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1981, p. 24; Aylwin, Patricio, *op. cit.*, pp. 84-117, quien en base al Art. 227 del COT distingue siete grupos de casos: La liquidación de una sociedad conyugal o de cierto tipo de sociedades y comunidades, la partición de bienes, juicios relativos a la presentación de cuentas, diferencias que ocurran entre socios de determinadas sociedades, cuestiones sobre derechos o repartición de aguas, negociación colectiva en materia laboral, y materias comerciales como la avería común, seguros y comercio marítimo.

4. Picard, Eduardo, *Arbitraje comercial internacional*, Tomo I, Ed. Jurídica, Santiago, 2005, pp. 54-56.

5. Acorde a los resultados de la encuesta de opinión de la comunidad jurídica chilena, realizada por el CAM Santiago en el año 2010, cerca de un 45% de los encuestados escogieron la opción de ampliar las materias sujetas al arbitraje forzoso y cerca del 40% estimaron que la situación actual debería mantenerse.

La alta investidura de los árbitros, el hecho que "*como jueces, están sujetos a la jurisdicción correccional, disciplinaria y económica que corresponde a la Corte Suprema sobre todos los tribunales de la nación*",⁶ y la modalidad del arbitraje forzoso, sin duda han contribuido a que muy tempranamente el arbitraje se haya convertido en un exitoso método de resolución de conflictos y se haya ganado el reconocimiento del mundo jurídico chileno.⁷

Ese escenario normativo fue complementado en el año 1992 por la creación de una primera institución dedicada a la administración de los arbitrajes. En particular, la Cámara de Comercio de Santiago estableció el Centro de Arbitraje y Mediación (CAM Santiago). A partir de ese momento, el número de causas sometidas al arbitraje institucional del CAM Santiago ha crecido de manera sostenida, superando hasta la fecha los mil doscientos arbitrajes.

En materia de arbitraje comercial internacional, rigen en Chile la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York) y la Convención Interamericana de Panamá sobre arbitraje comercial internacional, ratificadas en el año 1975 y 1976 respectivamente. Como es sabido, estos instrumentos internacionales regulan dos aspectos fundamentales del arbitraje. En particular, obligan a los Estados a otorgar el reconocimiento a los pactos de sumisión al arbitraje y a los laudos arbitrales internacionales. Sin embargo, la vigencia de estas Convenciones no había significado mayor despliegue del arbitraje comercial internacional en Chile, dado que éste carecía de una regulación específica, susceptible de satisfacer las necesidades de la contratación transfronteriza contemporánea.

6. Aylwin, Patricio, *op.cit.*, p. 462.

7. Jorquiera, Carlos Eugenio y Helminger, Karin, "Chile", en Blacksby, Nigel, Lindsey, David, Spinillo, Alessandro (Editores), *International Arbitration in Latin America*, Kluwer Law International, La Haya, 2002, pp. 89-110.

La Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional (LACI) de 29 de septiembre del año 2004 vino a suplir justamente este vacío. La LACI ha incorporado al derecho chileno, en forma íntegra, la Ley Modelo de Arbitraje (LMA), elaborada, en el año 1985, por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI en castellano o UNCITRAL en inglés). La Ley N° 19.971 regula arbitrajes que cumplen con el requisito de internacionalidad y comercialidad. La aplicabilidad de la Ley N° 19.971 exige, asimismo, que se cumpla un requisito territorial. Conforme con lo que dispone el Art. 1.2, la Ley se aplica cuando el lugar de arbitraje esté situado en el territorio de Chile.⁸ Siempre y cuando un arbitraje presente esas características, la aplicación de la LACI es automática y no tiene que ser pactada por las partes.

Según el Mensaje del Ejecutivo, la aprobación de la LACI se hizo necesaria debido a la integración del país a la economía mundial y, como consecuencia de ésta, era menester ofrecer a los nacionales chilenos los mecanismos legales que les permitieran resolver sus diferencias comerciales internacionales en Chile. Asimismo, se planteó la aspiración a que *"nuestro país ocupe un lugar destacado como centro de arbitraje en el comercio internacional, especialmente a nivel latinoamericano"*.⁹ Dicha opción se presenta a partir del ámbito material de aplicación de la Ley N° 19.971. Éste se define, siguiendo los parámetros de la LMA, principalmente sobre la base de dos criterios. El primero de ellos se enfoca en las partes del procedimiento arbitral, y el segundo, está relacionado con elementos sustantivos de la disputa.¹⁰

En concordancia con la aspiración de transformar a Chile en un centro relevante de arbitraje internacional, resultan interesantes los criterios de internacionalidad relacionados con las

8. El mismo precepto admite cuatro excepciones de esta regla, en lo relativo a la aplicación de los artículos 8, 9, 35 y 36, los cuales se aplican sin importar dónde se encuentra la sede del arbitraje.

9. Mensaje 15-349. La discusión parlamentaria al Proyecto de Ley 19.971 está disponible en la página web de la Cámara de Diputados, www.cnmara.cl.

10. Rolfen, Alan y Martin Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 4ª Ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2004, pp. 13 y ss.

partes de la disputa. Tales criterios de internacionalidad son aquellos que permiten usar a Chile como sede del arbitraje sin que el objeto de la controversia necesariamente tenga que estar relacionado con la economía chilena. Así, en virtud del Art. 1.3.a de la LACI, el arbitraje es internacional si las partes del acuerdo de arbitraje tienen sus establecimientos en Estados diferentes. Por ejemplo, esta causal se cumple si el acuerdo de arbitraje se celebra entre una empresa chilena y una ecuatoriana. Pero la causal también se observa si el acuerdo arbitral se perfecciona entre esta última y una sociedad brasileña. Asimismo, según el Art. 1.3.b.i de la LACI, el arbitraje es internacional, si las partes tienen sus establecimientos en un solo Estado, pero sitúan el lugar del arbitraje fuera de su territorio nacional. Este requisito se cumple, por ejemplo, cuando dos empresas ecuatorianas se someten a un arbitraje con sede en Chile.

Como es bien sabido, uno de los factores más relevantes que inciden en la selección de una determinada sede del arbitraje, corresponde a la postura de los tribunales nacionales con respecto al arbitraje comercial internacional. Transcurridos seis años desde la entrada en vigor de la Ley N° 19.971, interesa analizar su recepción por parte de los tribunales ordinarios. A continuación se presentan las sentencias dictadas por la justicia ordinaria chilena en aplicación de la LACI.

2. EL ALCANCE PRÁCTICO DEL ARTÍCULO 5 DE LA LACI

La autonomía del arbitraje comercial internacional frente a la justicia ordinaria refleja una de las ventajas de este procedimiento que permite a las partes diseñarlo según sus necesidades. Acorde con ello, a los tribunales domésticos únicamente se les asignan las funciones de supervisión y apoyo a los procesos arbitrales. Este principio se expresa en el artículo 5 de la Ley N° 19.971, que estipula: *"En los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta ley así lo*

disponga". Las pocas situaciones en las cuales la misma LACI permite tal intervención son las siguientes:¹¹

- i. En los casos en los cuales una parte del acuerdo arbitral solicite al tribunal remitir el caso a arbitraje ante una cláusula de arbitraje válida (art. 8);
- ii. En los casos en los que se pida la dictación de las medidas precautorias (arts. 9);
- iii. En los casos relacionados con el nombramiento, recusación o sustitución de los árbitros, cuando no hay acuerdo de las partes sobre el procedimiento, como sería en el caso del arbitraje institucional, o cuando éste no se cumpla (arts. 11, 13 y 14);
- iv. En los casos en que se pida la nulidad de la decisión afirmativa del tribunal arbitral acerca de su competencia (art. 16);
- v. En los casos en los cuales el tribunal arbitral o una de las partes pida la asistencia de un tribunal ordinario para la práctica de pruebas (art. 27);
- vi. En los casos en los cuales una de las partes solicite la nulidad del laudo (art. 34), y
- vii. En los casos en los cuales se solicite la ejecución de un laudo (arts. 35 y 36).

El tenor literal del artículo 5 de la LACI causó una gran polémica durante los trámites legislativos e inicialmente fue removido por la Cámara de Diputados. Se logró su reincorporación al texto de la ley, pero la norma fue aprobada con el siguiente oficio del Tribunal Constitucional:

"El artículo 5º del proyecto debía dejar a salvo la facultad que a aquella otorga el artículo 79 de la Constitución Política de ejercer la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la nación, e igualmente el conocimiento del recurso de inaplicabilidad por inconstitu-

11. Jiménez Figueres, Dyalá y Armer Ríos, Angie. "Notas sobre la nueva ley chilena de arbitraje comercial internacional", *Revista Chilena de Derecho Privado*, No. 4, 2005, pp. 307-326.

cionalidad de las leyes que le confiere el artículo 80 de la Carta Fundamental”.

Asimismo, el Tribunal sostuvo que los preceptos legales

“dejan a salvo las atribuciones que la Constitución otorga a la Corte Suprema según quedó expuesto, así como también, las acciones jurisdiccionales que contempla la Carta Política a favor de quienes puedan verse afectados en sus derechos fundamentales por la aplicación de esta ley” (el recurso de protección).

La aplicación práctica del artículo 5 de la LACI, sin embargo, ha estado marcada por el reconocimiento de la naturaleza autónoma del arbitraje comercial internacional por parte de las Cortes chilenas. Así, en uno de los primeros fallos en aplicación de la Ley N° 19.971, la Corte tuvo la oportunidad para indagar en este asunto, junto con analizar el ámbito temporal de su aplicación. En esa ocasión, la parte demandada en un arbitraje seguido ante el CAM Santiago, alegaba que el contrato se había suscrito con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley N° 19.971 y que, por ello, el procedimiento arbitral tenía que someterse a las normas que rigen el arbitraje interno.¹² De haber aceptado la Corte esta línea de argumentación, habría tenido que estimar que contra las resoluciones de los árbitros estaban disponibles todos los recursos propios del sistema de arbitraje doméstico. Dado que en esa ocasión, las partes del acuerdo de arbitraje no habían renunciado a los recursos –algo que en la práctica ocurre en la mayoría abrumante de los casos– el recurso de hecho intentado por la demandada eventualmente habría sido admisible.

Resolviendo sobre lo particular, la Corte de Apelaciones de Santiago sostuvo lo siguiente:

12. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 865-2006, 25 de mayo de 2006. Las sentencias citadas con su número de rol, pueden ser encontradas a través de la página oficial del Poder Judicial de Chile: www.poderjudicial.cl.

“Es del caso concluir que por ser la Ley N° 19.971 de carácter netamente procesal, rige desde el momento de su entrada en vigencia y las normas del Código de Procedimiento Civil y otras que regulaban estas materias al momento de celebrarse el contrato, no están comprendidas, en caso alguno, dentro de las que deben entenderse incorporadas al contrato a la fecha de su celebración. De esta forma es aquella la norma aplicable a la sazón y, de conformidad a lo establecido en el artículo 5° antes transcrito, sólo cabe resolver que la resolución en que incide el recurso de hecho no es susceptible de apelación, por lo cual deberá ser desestimado”.

En el contexto de ese mismo arbitraje, la parte demandada había intentado cuestionar la resolución del Presidente de la Cámara de Comercio de Santiago (CCS) acerca de la designación del árbitro de acuerdo al mandato otorgado por las partes. En esa resolución, asimismo, se señalaba que el procedimiento arbitral iba a estar sometido a la Ley N° 19.971 por cumplirse los requisitos de aplicación de ésta. Contra esta decisión la parte demandada recurrió de protección, invocando el inciso 4 del N° 3 del artículo 19 de la Constitución chilena. Alegó que el recurrido se habría atribuido una facultad jurisdiccional y, pretendiendo ser un Tribunal de Justicia, dictó una resolución mediante la cual instruía y ordenaba al tribunal arbitral cómo debía abordar la resolución de la contienda.

Al rechazar el recurso de protección, la Corte de Apelaciones falló que la LACI rige en Chile desde el día 4 de septiembre de 2004 y que a la fecha en que se solicitó a la CCS la designación de árbitro, dicha ley ya tenía vigencia. Por lo tanto, el árbitro, en su resolución de fecha 26 de diciembre de 2005, no hizo sino aplicar una ley que ya regía en Chile en materia de arbitraje comercial internacional. Asimismo, señala la sentencia, que

“las partes acordaron someter sus disputas, controversias o diferencias, a arbitraje de acuerdo con las reglas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Santiago, y ésta aplica la Ley N° 19.971 en los casos de Arbitrajes Comerciales

Internacionales, ya que es una garantía de certeza jurídica a las partes y demuestra, a la comunidad internacional, el funcionamiento adecuado e imparcial de la institucionalidad de nuestro país”.¹³

En esta misma línea de decisiones jurisprudenciales favorables se enmarca un fallo más reciente, el cual declaró inadmisibile el recurso de queja presentado contra una sentencia arbitral internacional dictada en Chile. El recurso de queja es regulado por el art. 545 del COT de Chile:

“El recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional. Sólo procederá cuando la falta o abuso se cometa en sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o definitiva, y que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario, sin perjuicio de la atribución de la Corte Suprema para actuar de oficio en ejercicio de sus facultades disciplinarias”.

En este caso, el recurso fue interpuesto contra la sentencia de un árbitro único que tuvo a su cargo el arbitraje desarrollado de conformidad con la Ley N° 19.971 y bajo las reglas del CAM Santiago. La Corte de Apelaciones de Santiago, reconociendo la aplicabilidad de la Ley N° 19.971, se refirió a artículo 34 de ésta, señalando que *“sólo contempla el recurso de nulidad como única vía de impugnación del laudo que se dicte en un arbitraje como el de la especie, excluyendo así aquel intentado por el actor”*. A continuación, la Corte sostuvo que,

“a mayor abundamiento, el recurrente pretende que por esta vía se modifique y enmiende la sentencia dictada en autos, efecto que el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales impide, atendido precisamente la existencia de un único recurso especial concebido para la revisión de la sentencia definitiva”.¹⁴

13. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 88-2006, 3 de mayo de 2006.

Estas decisiones confirman que los recursos disponibles contra los laudos arbitrales internacionales dictados en Chile se limitan a uno solo, a saber, la petición de nulidad contemplada en el artículo 34 de la LACI.

3. RECURSO DE NULIDAD CONTRA LAS SENTENCIAS ARBITRALES INTERNACIONALES DICTADAS EN CHILE

Hasta la fecha, un recurso de nulidad fue resuelto por los tribunales chilenos. El recurso fue presentado en contra de un laudo pronunciado por un árbitro *ad hoc* en un arbitraje internacional con sede en Santiago.¹⁴ La parte reclamante alegó que el laudo arbitral se fundó en información contenida en un documento emanado de un tercero que no había sido acompañado legalmente a los autos, cuyo contenido no había sido ratificado por ese tercero declarando como testigo en la causa y que no tuvo oportunidad de refutar, determinándose los perjuicios a través de meras especulaciones y no de las pruebas de la causa. De la misma forma, sostuvo que el laudo contraviene el orden público procesal al violentar su derecho a la defensa y el principio del debido proceso.

La Corte, en primer lugar, recordó que el recurso de nulidad

“viene a constituir un recurso extraordinario, de derecho estricto, donde la actuación del Tribunal se limita a verificar la concurrencia de las causales invocadas en relación a los hechos que las fundamentan. La acción otorga competencia a la Corte para examinar el cumplimiento de las formas del juicio arbitral, especialmente en cuanto a las garantías formales que la propia ley establece de modo imperativo, para asegurar una correcta génesis del laudo”.

14. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2363-2010, 23 de julio de 2010.

15. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 9134-2007, 4 de agosto de 2009.

Con respecto al fondo del recurso, sostuvo que los documentos obtenidos de la base de datos que sirvieron para determinar los perjuicios

“no eran ajenos al proceso, ni por ende desconocidos para la recurrente, toda vez que la demandante los acompañó formalmente a fojas 578, los refirió en su presentación de fojas 1.308, así como en la audiencia de reconocimiento. Al estar en conocimiento de los mismos, no resulta tampoco efectivo que no tuviera oportunidad para refutarlos, sobre todo si se tiene en cuenta que hizo uso de la citación conferida cuando fueron acompañados, y se encontraba presente en la diligencia de reconocimiento sin observar nada al respecto. Por lo demás, una vez puesto –el peritaje– en su conocimiento, pudo hacer –y así lo hizo– las observaciones que estimó pertinentes. En definitiva, la demandada siempre tuvo conocimiento que se utilizaría como base para determinar los perjuicios, la información proveniente de una base de datos pública, cuyo detalle se agregó al proceso, por lo que no es posible sostener que el sentenciador haya apoyado su fallo en elementos probatorios inexistentes en el proceso o pruebas que no fueron introducidas al debate”.

Por último, la Corte recalcó que el medio de prueba cuestionado por la recurrente no era

“la prueba documental sino que la pericial, que tiene por finalidad auxiliar al Tribunal, en cuestiones de hecho, concretas, para las cuales se requiere de conocimientos especiales sobre alguna ciencia o arte, cuya naturaleza jurídica es distinta de la anterior y cuya eficacia se valora conforme a las reglas de la sana crítica, esto es, conforme a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los aportes que surgen del desarrollo científico”.

Por las razones expuestas, la Corte concluyó que no se habían configurado las causales invocadas por la recurrente y rechazó el recurso de nulidad.

Actualmente, una nueva petición de nulidad de un laudo arbitral se encuentra en trámite ante la Corte de Apelaciones de Santiago.¹⁶ Hasta el momento en que se escriben estas líneas el procedimiento ha avanzado con respecto a una de las peticiones de la parte recurrente. En particular, ella invocó el art. 34.4 de la LACI, el que señala:

“El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad”.

La Corte sostuvo que

“el artículo 34 de la Ley N° 19.971 contempla una figura especial de suspensión, que requiere la remisión de los autos al árbitro para ello, y la concurrente suspensión por esta Corte del conocimiento del presente recurso, situación para la cual este tribunal no encuentra razones justificadas que lo ameriten, se rechaza la solicitud formulada por la compareciente”.¹⁷

De esta manera, la tramitación de la petición de nulidad seguirá acorde al procedimiento establecido, debiendo ser incluido en tabla con la preferencia consagrada en el art. 34.5 de la LACI.

16. Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 1420-2010.

17. Resolución de la Corte de 11 de agosto de 2010.

4. VALOR VINCULANTE DE UN ACUERDO ARBITRAL INTERNACIONAL

Para poder hacer efectiva la sumisión al arbitraje, las partes de un contrato internacional deben preocuparse de celebrar un acuerdo de arbitraje válido y ejecutable. Con la expresión "acuerdo de arbitraje", la Ley N° 19.971 hace referencia tanto a "una cláusula compromisoria incluida en un contrato" como a "un acuerdo independiente" (art. 7.1).

Ambas formas del acuerdo de arbitraje poseen el mismo valor jurídico, y es irrelevante si el acuerdo de arbitraje se ha celebrado con anterioridad o con posterioridad al surgimiento de la disputa, o si indica o no los nombres de los árbitros. Desde el punto de vista de validez sustantiva, el acuerdo de arbitraje es obligatorio para las partes, a menos que un tribunal ordinario determine que tal acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible (art. 8.1 de la LACI). Como es sabido, mientras este último aspecto pueda ser discutido ante la justicia nacional, se podrá iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo (art. 8.2).

Hasta la fecha no se conocen fallos dictados por los tribunales chilenos en base a los arts. 7° y 8° de la LACI. Sin embargo, hay sentencias que confirman el valor vinculante de las cláusulas arbitrales internacionales, fundando esas decisiones más bien en principios jurídicos generales.

En el primero de estos casos, el contrato objeto del litigio había sido suscrito entre una empresa chilena y una sociedad norteamericana.¹⁸ La parte chilena presentó una demanda ante la justicia ordinaria chilena. El tribunal acogió la excepción de incompetencia presentada por la demandada. Para ello se basó en la cláusula de solución de controversias pactada por las partes. En particular, sostuvo que en ésta se había pactado una pró-

18. 21° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° 16361-2006, 2 de noviembre de 2007.

rroga de competencia, “mediante la cual cualquier disputa o diferencia que surja entre las partes respecto de la interpretación de este contrato o de cualquier asunto que surja de este contrato o en relación con él, deberá resolverse de acuerdo con las leyes del Estado de Wisconsin”. Más adelante la cláusula contemplaba la reserva del derecho de la parte norteamericana para someter la disputa al arbitraje. De acuerdo a lo anterior, la sentencia concluye que “en cualquiera de los casos mencionados en dicha cláusula este Tribunal sería incompetente”.

En otra ocasión, el contrato que contenía la cláusula arbitral, se había celebrado entre una empresa chilena y una sociedad italiana.¹⁹ La empresa chilena dedujo una demanda de cobro de pesos ante un tribunal ordinario de Antofagasta, frente a lo cual la parte contraria planteó un incidente de nulidad de todo lo obrado por incompetencia del tribunal, el que fue acogido. La disputa acerca de la aplicabilidad de la cláusula arbitral llegó a la Corte Suprema por la vía de la casación en el fondo. El máximo tribunal confirmó la decisión de la primera instancia que remitía a las partes de un acuerdo arbitral al arbitraje.

La parte recurrente de casación buscaba revivir una antigua discusión acerca del supuesto carácter ilícito de la sumisión a jurisdicciones extranjeras. El precepto que había dado lugar a dudas interpretativas de ese tipo es el artículo 1462 del Código Civil, el que declara que hay objeto ilícito “en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Así, la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto”.

Sin embargo, a inicios del mismo año 2008, la Corte Suprema ya había confirmado que las cláusulas de sumisión a los tribunales ordinarios extranjeros eran perfectamente lícitas.²⁰

19. Corte Suprema, Rol N° 2026-2007, 28 de julio de 2008.

20. Corte Suprema, Rol N° 5553-2002, 22 de enero de 2008.

En aquella ocasión, la conclusión de la Corte fue la siguiente:

“Que si bien se ha discutido la validez de la sumisión a una jurisdicción extranjera pactada entre particulares, lo cierto es que en el ejemplo que se da en el precepto recién citado, lo que se prohíbe es someterse a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, puesto que las jurisdicciones extranjeras sí se encuentran reconocidas por las leyes chilenas como aparece de los artículos 242 y siguientes del Código de Procedimiento Civil”.

Siguiendo con esta tendencia en el fallo en análisis, la Corte Suprema recurrió a los principios generales del Derecho Internacional Privado para determinar que

“el ordenamiento nacional reconoce explícitamente la posibilidad que los particulares estipulen someter las controversias que de la aplicación de un contrato internacional pudieran derivarse, al conocimiento de tribunales extranjeros, sean ellos ordinarios o arbitrales. Por ende, ningún objeto ilícito hay en la cláusula del contrato suscrito entre las partes, en virtud de la cual acuerdan entregar el conocimiento de los eventuales litigios que de éste se pudieran suscitar, a un tribunal italiano y, por lo mismo, no comete error de derecho la sentencia que declara la incompetencia del tribunal ante el cual se interpuso la demanda para conocer del litigio promovido”.

Las sentencias dictadas muestran un reconocimiento del valor vinculante de los acuerdos de arbitraje por parte de los tribunales chilenos y sólo cabe esperar que los fallos futuros en esta materia se apoyen no tan solo en los principios jurídicos generales, sino que más bien recurran a las disposiciones explícitas de la Ley N° 19.971.

5. MEDIDAS CAUTELARES

Acorde a lo estipulado en el art. 9 de la Ley N° 19.971, “no será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas”. Por lo tanto, los tribunales ordinarios de Chile tienen competencia para dictar medidas cautelares en apoyo a arbitrajes. Lo anterior también rige cuando el tribunal arbitral ya se había constituido o cuando la sede del arbitraje se encuentre en un país extranjero. Se conocen por lo menos dos fallos a través de los cuales, los tribunales domésticos cumplieron con esa labor de asistencia al arbitraje comercial internacional. En el primero de los casos, la petición de medidas cautelares se presentó previo a solicitar un arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional.²¹ En el segundo caso, dichas medidas fueron otorgadas en relación a un arbitraje constituido en el extranjero.²²

Asimismo, en una sentencia reciente, la Corte Suprema precisó que una orden procesal interlocutoria dictada por un tribunal arbitral extranjero no puede ser reconocida en Chile a través del procedimiento de exequátur.²³ La solicitud de exequátur recayó en una resolución dictada en un procedimiento arbitral en EE.UU. En el acuerdo de arbitraje, las partes convinieron que cualquier disputa entre ellas sería sometida a un arbitraje de tres árbitros, que se llevaría a efecto bajo las normas de la Asociación Americana de Arbitraje. Las partes establecieron también que cualquier resolución dictada por el panel arbitral estaría sujeta a los términos de la Convención de Nueva York y que cualquier fallo arbitral entregado por el panel de árbitros sería definitivo y vinculante para las empresas.

21. 28° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° C-5243-2005, de 26 de mayo de 2005.

22. 26° Juzgado Civil de Santiago, Rol N° C-24011-2009, 24 de agosto de 2009.

23. Corte Suprema de Chile, Rol N° 5468-2009, 11 de mayo de 2010.

Una de las partes había solicitado al tribunal arbitral una medida precautoria tendiente a garantizar el efectivo cumplimiento de la obligación de no competir que recaía sobre la contraria. El panel arbitral decretó la medida precautoria solicitada, ordenándole a la parte demandada abstenerse de ejecutar diversas conductas en relación con los trabajadores o clientes de la parte demandante y con la información confidencial y secretos comerciales de esta última.

La Corte Suprema hizo hincapié en que la normativa relevante vigente en Chile se aplicaba al reconocimiento de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, así como a los laudos arbitrales, en cambio dichas normas no son aplicables al cumplimiento de medidas cautelares dictadas por tribunales extranjeros. A juicio de la Corte,

“no cabe duda alguna que la resolución de cuyo cumplimiento se trata, no constituye, decisión o fallo que resuelva la cuestión principal de la que conoce el tribunal arbitral que lo dictó. Sin embargo, como también podría sostenerse que se trata de una sentencia interlocutoria de aquéllas que fallan un incidente del juicio, sea estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, sea que resuelva sobre algún trámite que deba servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria, resulta pertinente, examinar el contexto jurisdiccional en que fue emitido”.

Al estudiar los antecedentes del caso, la Corte determinó que se trataba de una orden precautoria preliminar en contra de la demandada y que al acogerla, el tribunal arbitral había manifestado *“que esta Orden Precautoria Preliminar se prorrogará y no vencerá hasta que este Tribunal dicte una nueva resolución o hasta que las partes convengan algo distinto”*. A juicio de la Corte Suprema, de lo analizado resulta evidente que la materia del exequátur no es una sentencia interlocutoria que establezca derechos permanentes, desde que el propio tribunal que la dictó, le dio el carácter de preliminar y porque, en definitiva, las medidas precautorias son esencialmente provisionales. Puede argüirse que al aco-

ger la petición del exequátur, la concreción y mantenimiento en el tiempo de dichas medidas llevaría a decidir desde ya, acerca de las principales peticiones planteadas en la demanda. Por estos motivos, la petición de exequátur fue denegada.

Esta decisión del máximo tribunal nos permite concluir que el procedimiento de exequátur no es aplicable a las medidas cautelares dictadas por los tribunales arbitrales extranjeros. La solicitud de tales medidas debe presentarse directamente ante los tribunales chilenos, según lo que se desprende del artículo 9 de la Ley N° 19.971.

6. RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS ARBITRALES EXTRANJERAS

En los últimos años, la Corte Suprema de Chile ha tenido que resolver sobre una serie de solicitudes de reconocimiento de sentencias arbitrales extranjeras. Hasta el momento, el máximo tribunal ha acogido todas las peticiones del exequátur presentadas.

Uno de los fallos más ilustrativos y completos recayó sobre la solicitud del exequátur de una sentencia arbitral pronunciada en Brasil.²⁴ El fallo de la Corte Suprema rechazó una serie de argumentos de la parte demandada, con los cuales pretendía se negara el reconocimiento del laudo arbitral. En primer lugar, el demandado alegaba la falta de validez de la cláusula compromisoria por su ambigüedad y por ser incompleta e imprecisa. Sin embargo, estos planteamientos fueron previamente desestimados por un tribunal ordinario de São Paulo, el que confirmó la validez de la cláusula compromisoria y fijó el procedimiento que permitía suplir sus deficiencias. Aquella sentencia del tribunal ordinario confirmando la validez del acuerdo arbitral, había sido objeto de recursos posteriores. Ello a juicio del demandado

24. Corte Suprema, Rol N° 6615-2007, 15 de septiembre de 2008.

significaba que el laudo arbitral no se encontraba ejecutoriado. Frente a ese planteamiento, la Corte chilena subrayó que la sentencia objeto del procedimiento de exequátur era el laudo arbitral y no la sentencia del tribunal ordinario brasileño que se había pronunciado sobre la validez de la cláusula. Según la ley brasileña, el plazo para pedir la nulidad del laudo era de 90 días y no existían antecedentes de que se hubiera entablado un procedimiento de esta índole.

El segundo grupo de argumentos del demandado apuntaba a que la realización del procedimiento arbitral en el idioma portugués le impedía hacer valer sus derechos y constituía una violación del debido proceso. El planteamiento fue desestimado por la Corte, ya que el demandado había sido *“personalmente notificado de la acción, contestó la demanda, dedujo la reconvencción y opuso excepciones, fue patrocinado por un estudio jurídico y notificado de la sentencia, respecto de la cual no se alzó”*.

Por último, el demandado invocaba la excepción del orden público, argumentando que la sentencia arbitral aplicaba intereses sobre intereses, lo cual estaría prohibido por la legislación nacional, violando, asimismo, otras normas del derecho chileno con respecto al pago de intereses. Frente a ello, el informe de la Fiscal Judicial indica que, en la legislación actual de Chile, la institución de los intereses compuestos está expresamente reconocida por el artículo 9 de la Ley N° 18.010 que Establece Normas para las Operaciones de Crédito y otras Obligaciones de Dinero. Sin perjuicio de ello, la sentencia del máximo tribunal señala que las alegaciones del demandado sobre el cálculo de interés *“constituyen una alegación de fondo, que escapa del control del exequátur, por lo que no corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre la materia sino a aquél que conozca de la ejecución del fallo”*.

De manera semejante se desarrolló la argumentación en un procedimiento de exequátur con respecto de una sentencia arbitral dictada con sede en EE.UU.²⁵ En su análisis, la Corte Suprema partió de la premisa que la función del exequátur con-

sistía en “verificar el cumplimiento de ciertos requisitos mínimos y no se encuentra destinado, de manera alguna, a analizar la justicia o injusticia intrínseca de la sentencia de modo que de manera alguna constituye una instancia de revisión de lo allí resuelto”.

El fallo, junto con invocar la Ley N° 19.971, recurrió a la Convención de Nueva York. La Corte descartó analizar la excepción fundada en que no se había acreditado la existencia y reconocimiento en los Estados Unidos o en Chile de la sociedad demandante, ni tampoco se ha confirmado a quién corresponde la representación de ésta. Señaló que dicha causal no se encontraba dentro de aquellas consagradas en los artículos IV y V de la Convención de Nueva York y que ese asunto debió haber sido discutido en el procedimiento arbitral.

El máximo tribunal estimó que la parte demandada no se había visto impedida de hacer valer sus derechos, dado que participó en el arbitraje, opuso la excepción de contrato no cumplido, presentó una demanda reconventional, la que fue acogida en parte, y rindió pruebas documental y testimonial. Asimismo, subrayó que en el contexto del procedimiento de exequátur no era pertinente efectuar una revisión de la solución del fondo del asunto adoptada por los árbitros extranjeros o evaluar la ponderación que ellos hicieron de las pruebas. Agrega la sentencia que

“a idéntica conclusión se arriba si se examina la alegación de supuesta falta de imparcialidad del tribunal arbitral, reclamada por [la parte] oponente, desde que su fundamento se lo hace consistir en simples conjeturas, las cuales, a su vez, se construyen sobre la base de una decisión que considera injusta”.

Frente al argumento de la demandada de que el laudo arbitral carecería de carácter obligatorio o definitivo, la Corte Suprema observó que dicha sentencia arbitral había sido confirmada por el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, motivo por

25. Corte Suprema de Chile, Rol N° 3225-2008, 8 de septiembre de 2009.

el cual *“puede concluirse con certeza que se encuentra justificado que aquél es obligatorio para quienes han sido partes en dicho compromiso”*.

Por último, la decisión más reciente recayó en una sentencia dictada en un proceso arbitral administrado por la Corte de Arbitraje Internacional de Londres. En ese caso, la parte demandada en el arbitraje, si bien había participado en la designación del árbitro de común acuerdo, con posterioridad no intervino en el proceso arbitral, dictándose la sentencia arbitral en su contra. El procedimiento de exequátur, asimismo, fue tramitado en rebeldía de la parte vencida en el arbitraje.

En su fallo, la Corte dedica una especial atención a la determinación de la normativa aplicable al reconocimiento de las sentencias arbitrales extranjeras. Como es habitual en su jurisprudencia, pasa revista del sistema chileno sobre cumplimiento de los fallos extranjeros, cuyos pilares están sentados en los artículos 242 a 251 del Código de Procedimiento Civil. Dentro de ese sistema denominado por la Corte *“en cascada”*, se aplica la reciprocidad creada por los tratados existentes, la reciprocidad legal o interpretativa y, en ausencia de esos antecedentes, pasa a regir el criterio de regularidad internacional. La Corte sostuvo que

“ante los claros términos de la Ley N° 19.971, la regularidad de la sentencia cuya autorización para el cumplimiento en Chile se requiere, debe ser estudiada al tenor de la normativa, considerando especialmente los artículos 35 y 36, todo sin dejar de tener presente la Convención de Nueva York, puesto que fue este marco regulatorio el atendido y sobre la base de cuya aplicación se desarrolló el arbitraje”.

La parte requirente del exequátur sostenía que la sentencia arbitral reunía todas las condiciones legales para que éste sea otorgado, y que la parte demandada no había formulado objeción alguna. El máximo tribunal corroboró la existencia de una cláusula arbitral incluida en los contratos objeto de la controversia y que la demandada

“no se vio impedida de ejercer su derecho a la defensa sino que simplemente decidió, de forma voluntaria, mantenerse rebelde en aquél procedimiento, no obstante haber sido debidamente emplazada, actitud ésta que no puede, de manera alguna, identificarse con indefensión”.

Por las razones expuestas, la solicitud de exequátur fue acogida y el cumplimiento de la sentencia arbitral autorizado.

7. ¿CARÁCTER EJECUTORIADO DE LA SENTENCIA ARBITRAL EXTRANJERA? RECONOCIMIENTO DE UNA SENTENCIA SUJETA AL PROCESO DE ANULACIÓN EN EL PAÍS DE ORIGEN

En las sentencias citadas en el acápite anterior, se percibe un grado de inquietud de la Corte Suprema por confirmar el carácter ejecutoriado del fallo arbitral. Dicha práctica de la Corte Suprema, la de solicitar un certificado de ejecutoria de las sentencias extranjeras, tiene su origen en lo previsto por el artículo 245 del CPC chileno, la norma que contempla los criterios que deben satisfacer los fallos dictados fuera del territorio nacional. El numeral 4 de este precepto requiere que la sentencia extranjera se encuentre ejecutoriada en conformidad a las leyes del país en que haya sido pronunciada. A mayor abundamiento, el artículo 246 del CPC proclama que en el caso de las resoluciones expedidas por árbitros extranjeros, “*se hará constar su autenticidad y eficacia por el visto bueno u otro signo de aprobación emanado de un tribunal superior ordinario del país donde se haya dictado el fallo*”.

En materia de arbitraje, dicho requisito debe haber quedado descartado a partir de la ratificación de la Convención de Nueva York, con mayor razón cuando el artículo 242 del mismo Código hace primar los tratados internacionales por sobre las estipulaciones domésticas. En la jurisprudencia reciente, dicho requisito no fue un obstáculo para el reconocimiento de los laudos arbitra-

les, sin embargo, seguía siendo invocado por la Corte.²⁶ Dicha práctica se ilustra, por ejemplo, en el contexto de un exequátur otorgado en el año 2007 a una sentencia arbitral dictada en Argentina.²⁷ La Corte, aunque no exigió la observancia estricta del artículo 246 del CPC, tomó expresamente en consideración las certificaciones emanadas de los tribunales argentinos y de la institución administradora del arbitraje, en las que se daba cuenta del rechazo de los recursos interpuestos contra la sentencia arbitral. Finalmente, la Corte concluyó que, constando que la sentencia arbitral se encontraba ejecutoriada y cumpliéndose los requisitos del artículo IV de la Convención de Nueva York, se concedía el exequátur.

Frente a esta práctica resulta decisiva la innovadora postura que la Corte Suprema adoptó en un procedimiento de exequátur de una sentencia arbitral dictada en Francia, que se encontraba sujeta a un proceso de anulación en el país de su origen.²⁸ La parte demandada en el arbitraje se opuso al reconocimiento de la sentencia arbitral invocando, entre otros motivos, que el laudo arbitral no era obligatorio aún para las partes o que había sido anulado o suspendido por un tribunal del país de su dictación (art. V.I.e. de la Convención de Nueva York y art. 36.1.a.v de la LACI), debido a que la sentencia arbitral se encontraba sujeta a un procedimiento de anulación pendiente ante la Corte de Apelaciones de París.

Según el derecho francés, la interposición del recurso de nulidad tiene para el laudo arbitral efectos suspensivos. Sin embargo, la Corte Suprema sostuvo que la ley aplicable al reconocimiento de esa sentencia extranjera era la ley chilena, y por ende las consecuencias específicas previstas por el derecho francés para esos efectos, no tenían relevancia. La existencia de un proceso de anulación pendiente no era suficiente para denegar el

26. Ver, por ejemplo, Corte Suprema, Rol N° 6615-2007, 15 de septiembre de 2008; Corte Suprema, Rol N° 3225-2008, 8 de septiembre de 2009.

27. Corte Suprema, Rol N° 6600-2005, 11 de enero de 2007.

28. Corte Suprema, Rol N° 5228-2008, 15 de diciembre de 2009.

exequátur, sino que era necesario que se acreditara la correspondiente anulación o suspensión del fallo.

Por último, la Corte se refirió a que el laudo era obligatorio para las partes acorde a lo establecido en el Reglamento aplicable al procedimiento arbitral. En particular, el máximo tribunal proclamó:

“De otra parte, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional señala en su artículo 28 N° 6 que: ‘Todo Laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier Laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente’. De dicha disposición se sigue que la sentencia dictada por dicho tribunal resulta irreformable en el sistema previsto por esa normativa, de forma tal que el recurso formulado ante la justicia de Francia, no suspende los efectos de aquella, la que mantiene su vigencia y es posible ejecutarla en tanto no exista resolución de contrario, desde el momento que la tramitación dispuesta en el marco de esa Cámara arbitral lo fue en un contrato internacional suscrito por una entidad bancaria alemana y un mutuario chileno, quienes han recurrido al organismo arbitral y no al sistema judicial francés, por todo lo cual esta alegación también debe ser rechazada”.

La solución más adecuada en este contexto sería seguir con esta misma línea argumentativa, reforzando el carácter obligatorio de las sentencias arbitrales extranjeras.

8. CONCLUSIÓN

La jurisprudencia analizada ilustra una postura consistente de apoyo por parte de los tribunales ordinarios chilenos hacia el arbitraje comercial internacional. La Ley N° 19.971 ha tenido una acogida favorable en la jurisprudencia chilena. Es de esperar que

en la medida en que el número de los casos internacionales crezca, el vocabulario conceptual y teórico de las Cortes se desarrolle y profundice, siempre con miras de trabajar hacia la consagración de Chile como una atractiva sede de arbitrajes internacionales.

1

Procedimientos paralelos en arbitraje deportivo

*Francisco González de Cossío**

SUMARIO

1. Introducción. 2. Los Casos. 3. Las Lecciones.

1. INTRODUCCIÓN

El movimiento deportivo mundial ha paulatinamente creado un régimen deportivo internacional que por definición es distinto de los derechos deportivos nacionales.

La existencia de una infraestructura mundial, aditiva a la nacional, ha propiciado algo que era inevitable: procedimientos paralelos nacionales e internacionales. Lo que es más grave: decisiones contradictorias. Y en ocasiones han sido escandalosas.

Como suele suceder, el escándalo confunde la comprensión del Derecho. Para esclarecer, comenzaré por adelantar la regla aplicable, que a primera impresión puede parecer iconoclasta: los tribunales internacionales no están maniatados por las determinaciones de tribunales (y autoridades) locales.

La aseveración, que podría parecer provocadora, será fundamentada en esta nota. Para ello, analizaré casos que han

* González de Cossío Abogados, S.C. (www.gdca.com.mx) Árbitro del Tribunal Arbitral Deportivo. Observaciones bienvenidas a fgcossio@gdca.com.mx

enfrentado el problema, para luego tratar sus motivos y las consecuencias de no procurar dicha regla.

2. LOS CASOS

Existe una masa crítica de casos que aborda las instancias de choque entre determinaciones locales e internacionales. En respuesta, los casos han ido *in crescendo* confeccionando una entelequia sobre cómo se conjugan las autoridades deportivas nacionales e internacionales. A continuación se tratarán.

UCI v. MUÑOZ¹ versó sobre un conflicto entre la legislación nacional e internacional deportiva. El Tribunal arribó a la siguiente conclusión:²

El Tribunal está dispuesto a aceptar que, bajo derecho colombiano, era posible que el Sr. Muñoz apelara al Comité General Disciplinario del Comité Olímpico Nacional. Sin embargo, hacerlo fue violatorio de su contrato con la UCI. En el mejor de los casos, la decisión del Comité General Disciplinario únicamente podría tener efecto dentro de Colombia. No le daría derecho al Sr. Muñoz a participar en las competencias organizadas bajo los auspicios de la UCI o evadir la aplicación del código disciplinario UCI.

El mensaje comienza a asomarse: la legislación nacional no puede utilizarse para incumplir compromisos internacionales.

1. TAS 2005/A/872, sentence du 30 janvier 2006, *UCI v. Federico Muñoz Fernández et Fédération Colombienne de Cyclisme*.

2. Sus palabras exactas fueron: "The panel is prepared to accept that as a matter of Colombian Law it was possible for Mr Muñoz to appeal to the General Disciplinary Committee of the Colombian National Olympic Committee. However, to do so was a breach of his contract with the UCI. At best, the decision of the General Disciplinary Committee could only have an effect within Colombia. It would not entitle Mr Muñoz to participate in cycle races organized under the auspices of the UCI, or to avoid the UCI's disciplinary code."

En *B. v. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE JUDO*³ el Tribunal Arbitral se enfrentó con una sustitución por un Ministro nacional (francés) del deporte de una sanción impuesta por una federación. Mientras que la federación suspendió por dos años, el ministro la sustituyó por uno, no obstante que ello contradecía el reglamento aplicable (Federación Internacional de Judo).

El Tribunal rechazó darle efectos internacionales a dicha determinación. Para ser más precisos, rechazó que ello restara la competencia del tribunal arbitral TAS. El razonamiento que utilizó es útil:⁴

...la latitud acordada a las federaciones internacionales debe entenderse en los casos en que el procedimiento de control y sanción de *doping* no es seguido en forma diligente por una autoridad nacional, conforme a una reglamentación deportiva, sino por una autoridad pública que aplica una ley nacional ...

El poder de extensión a nivel internacional de las decisiones nacionales relativas a *doping*, sin importar cual sea la autoridad que las pronuncia, se justifica no solo por la preocupación de prevenir el riesgo de que ciertas federaciones u organismos gubernamentales enfrenten una competencia desleal malsana, omitiendo sancionar a sus deportistas con la misma severidad que otras federaciones y/o su federación internacional, pero también busca que cada federación inter-

3. *B. v. Fédération Internationale du Judo*, TAS 98/214, laudo del 17 de marzo de 1999.

4. Traducción del autor de: "La formation est d'avis que la latitude accordée par cette jurisprudence aux fédérations internationales doit être écartée aux cas où la procédure de contrôle et la sanction de *doping* ne sont pas diligentées par une fédération nationale, conformément à une réglementation sportive, mais par une autorité publique, en application d'une loi nationale, comme en l'espèce, ou, le cas échéant, sur la base d'une convention internationale. Le pouvoir d'extension au niveau international des décisions nationales relatives au *doping*, quelle que soit l'autorité qui les prononce, se justifie non seulement par le souci de prévenir le risque de voir certaines fédérations ou des organismes gouvernementaux se livrer à une concurrence déloyale des plus malsaines, en omettant de sanctionner leurs sportifs de manière aussi rigoureuse et sévère que d'autres fédérations et / ou que leur fédération internationale, mais aussi par l'objectif que chaque fédération internationale doit chercher à atteindre, à savoir faire respecter un traitement égal et cohérent à tous les pratiquants du même sport".

nacional otorgue un tratamiento igual y coherente a todos los practicantes del mismo deporte.

Como puede verse, existe sintonía de razonamiento entre MUÑOZ y B. V. FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE JUDO.

La melodía intelectual llegó a su clímax con LANDALUCE.⁵ En este caso, un ciclista argumentaba *in essentia* que las determinaciones de autoridades deportivas españolas vedaban al Tribunal TAS a llegar a una determinación contraria. La respuesta del Tribunal fue otra:⁶

El Tribunal considera en definitiva que las disposiciones españolas invocadas por el señor Landaluce no tienen vocación a ser aplicadas mas que en el contexto de las competencias ciclistas nacionales y no pueden obstaculizar ni aplicar a los reglamentos de la UCI ni a la jurisdicción TAS. Juzgar lo contrario conduciría a buscar aplicar la legislación nacional que sea más clemente.

Otro párrafo es ilustrativo:⁷

Las autoridades de los Estados y las autoridades deportivas internacionales no compiten; al contrario, sus papeles se complementan. La autoridad estatal busca controlar la conducta de los deportistas, mientras que la federación internacional administra las competencias que derivan de sus

5. TAS 2006/A/1119, *Union Cycliste Internationale (UCI) v Iñigo Landaluce Intaurraga & Real Federación Española de Ciclismo (RFEC)*.

6. Sus palabras fueron: "Formation considère en définitive, que les dispositions espagnoles invoquées par Monsieur Landaluce n'ont vocation à s'appliquer que dans le cadre de compétitions cyclistes nationales, et ne sauraient faire obstacle ni à l'application des règlements de l'UCI, ni à la compétence du TAS. En juger autrement conduirait à une véritable course à la législation nationale la plus clémentine".

7. En sus palabras: "L'autorité des États et l'autorité sportive internationale ne sont pas en concurrence; au contraire, leurs rôles sont complémentaires. L'autorité étatique se borne à contrôler la conduite de ses justiciables, tandis que la fédération internationale gère les compétitions qui relèvent de son ressort. Un même comportement peut être sanctionné pénalement dans un lieu donné, sans pour autant entraîner une sanction du cycliste au niveau international. De même, un comportement peut ne pas être sanctionné pénalement tout en étant néanmoins susceptible de générer une exclusion des concours sportifs car il porte atteinte à la loyauté de la compétition".

esfuerzos nacionales. Un mismo comportamiento puede ser sancionado penalmente en un lugar determinado sin poder por ello conllevar una sanción del ciclista al nivel internacional. Asimismo, un mismo comportamiento puede no ser sancionado penalmente pero ser susceptible de generar una exclusión de las competencias deportivas al violar la lealtad en la competencia.

El párrafo 50 de LANDALUCE es especialmente atinado:⁸

[La] complementariedad entre la autoridad deportiva estatal y la internacional puede revestir una forma particular cuando la autoridad pública se sustituye a la federación nacional para decidir sus sanciones ... La soberanía nacional, según se expresa al imponer una medida disciplinaria deportiva rendida por una autoridad nacional, no tiene, en principio, vocación a aplicarse mas que sobre el territorio nacional. La decisión nacional puede ser reemplazada por una decisión de una autoridad internacional –el TAS– para asegurarse de la uniformidad legal necesaria. Ciertamente, es teóricamente concebible que el Estado imponga sus decisiones nacionales inclusive sobre las competencias internacionales que tengan lugar en su territorio siendo indiferentes a la autoridad internacional. Un tal comportamiento iría sin embargo en contra de todos los esfuerzos de lucha en contra del dopaje a nivel internacional, y podría conducir a la exclusión del Estado en cuestión de la organización de

8. Traducción de "Cette complémentarité entre autorité sportive étatique et internationale peut revêtir une forme particulière lorsqu'une autorité publique se substitue à la fédération nationale pour décider des sanctions – comme ce fut le cas dans l'affaire de la FIJ précitée, ou comme au cas présent. La souveraineté nationale, telle qu'elle s'exprime à l'occasion d'une mesure disciplinaire sportive rendue par une autorité nationale, n'a, en principe, vocation à s'appliquer que sur le seul territoire national. La décision nationale peut toutefois être remplacée par une décision de l'autorité internationale –le TAS– pour que soit assurée la nécessaire uniformité du droit. Certes, il est théoriquement concevable que l'État impose ses décisions nationales jusque dans les compétitions internationales se déroulant sur son territoire au mépris de l'autorité internationale. Un tel comportement irait cependant à l'encontre de tous les efforts tendant à lutter contre le dopage au niveau international, et pourrait conduire à l'exclusion de l'État concerné de l'organisation des compétitions internationales. Il serait surprenant qu'un État souhaite se placer dans une telle situation, et rien dans les textes invoqués dans la présente affaire ne laisse à penser que telle serait la position adoptée par l'Espagne".

competencias internacionales. Sería sorprendente que un Estado quisiera ponerse en tal situación ...

Una vez aceptado que una contradicción entre un procedimiento local y un arbitraje TAS no conlleva *per se* a que el primero prevalezca sobre el segundo, podría existir duda respecto del órgano. Por ejemplo, podría considerarse que ello dependerá de la estatura de la autoridad local.

El matiz sería erróneo. El principio se mantiene incólume cualquiera que sea la autoridad local. Un caso es ilustrativo. En *B. v. FINA*⁹ la contradicción involucró a la corte de más jerarquía de Nueva Zelanda (*New Zealand Court of Appeal*). Ante ello, no obstante que reconoció la difícil situación en la que ello situaba a la federación nacional, el Tribunal no dudó en aseverar que una federación internacional no puede estar vinculada por las decisiones de cortes estatales emitidas en procedimientos en los que la federación internacional no fue parte.¹⁰ Citó con aprobación un caso previo¹¹ donde se razonó que era imperativo que las federaciones internacionales pudieran revisar las decisiones de federaciones nacionales en casos de doping con la finalidad de prevenir cualquier parcialidad (*bias*) de las federaciones nacionales que puedan comprometer la justicia que debe existir en la competencia internacional.¹²

Un caso mexicano reciente es emblemático de la problemática: *WADA v. FMF y CARMONA*.¹³ El motivo: versó sobre la descalificación de por vida de un deportista mexicano. En *Carmona*,

9. CAS 2001/A/337, *B. v. Fédération Internationale de Natation (FINA)*, laudo del 22 de marzo de 2002. *Recueil des Sentences du TAS/Digest of CAS Awards III, 2001-2003*, Mathieu Reeb (editor), p. 206.

10. Párrafo 12, *Recueil*, pg. 212. En sus palabras "International federation may impose a sanction independent from the outcome of the proceedings over sanctions on a national level".

11. CAS 96/156, *Ev. FINA*, laudo del 6 de octubre de 1997.

12. Sus palabras fueron "It was imperative that an international sports federation be permitted to review the decisions of the national sports federations in doping cases in order to prevent any bias of the national federations spoiling fairness in international competition". (Párrafo 9, p. 211.).

13. Casos Consolidados CAS 2006/A/1149 y CAS 2007/A/1211 – *Wada v. Federación Mexicana de Fútbol & José Salvador Carmona Álvarez*.

se ventiló la reincidencia en *doping* por un deportista, siendo que las autoridades deportivas nacionales lo habían absuelto.¹⁴ La esencia del argumento del Deportista fue que la decisión de la autoridad deportiva local¹⁵ era una decisión arbitral final y obligatoria, que debía ser respetada por el tribunal TAS. El tribunal rechazó el argumento. Un párrafo es ilustrativo tanto del razonamiento como sus motivos:¹⁶

...la coexistencia de autoridades nacionales e internacionales para ventilar casos de *doping* es una característica familiar, y ha quedado bien establecido que el régimen nacional no neutraliza el régimen internacional. ...

Las asociaciones nacionales han otorgado autoridad disciplinaria a federaciones internacionales precisamente para eliminar la competencia desleal y en particular para remover la tentación de asistir a los competidores nacionales mediante sobre-tolerancia. El objetivo es sujetar a todos los atletas a un régimen de trato igualitario, lo cual significa que las decisiones de federaciones nacionales deben ser revocadas si hacen caso omiso de violaciones a reglas internacionales por sus atletas.

... necesidad imperiosa para las federaciones internacionales de poder revisar las decisiones de federaciones nacionales, so pena de permitir la distorsión de la competencia inter-

14. El caso merece un estudio independiente dada la importancia de sus aristas bajo derecho arbitral como *doping*. Para ello, véase González de Cossío, *EL CASO CARMONA: ¿UN GOL CLIM FOULEUSE LA JUSTICIA DEPORTIVA?*. A su vez, *DOPING Y ARBITRAJE DEPORTIVO*. Ambos estudios pueden consultarse en www.gdca.com.mx (bajo 'publicaciones'). Más genéricamente, véase *ARBITRAJE DEPORTIVO*, Ed. Porrúa, 2005.
15. La Comisión de Apelación y Arbitraje del Deporte, Comisión de Apelación y Arbitraje del Deporte (CAAD), un órgano de la Secretaría de Educación Pública creado por la Ley General de Cultura Física y Deporte.
16. Carmona, párrafos 26 y 27. Traducción de "...the coexistence of national and international authority to deal with doping cases is a familiar feature, and it is well established that the national regime does not neutralise the international regime. ... National associations have vested disciplinary authority in international federations precisely in order to eliminate unfair competition, and in particular to remove the temptation to assist national competitors by over-indulgence. The objective is to subject all athletes to a regime of equal treatment, which means that national federations must be overruled if they look the other way when their athletes breach international rules. ... imperative need for international federations to be able to review decisions resolved by national federations, lest international competition be distorted by reason of laxness on the part of national bodies ...".

nacional como resultado de laxitud por parte de cuerpos nacionales ...

Abstraigamos qué nos dicen los casos.

3. LAS LECCIONES

Los casos podrían a primera impresión parecer irrespetuosos de las legislaciones y autoridades locales. No deben. Las autoridades nacionales e internacionales en materia deportiva no compiten, se complementan. En caso de que una se tropiece en el logro del objetivo, la otra lo salvará.¹⁷

Las autoridades nacionales e internacionales en materia deportiva son dos engranes distintos del motor mundial de la lucha en contra del *doping*. Si una falla, el diseño de la máquina permite a la otra corregir (sí, ¡corregir!) el desperfecto para que el propósito se logre. Entendido así, su complementariedad queda en manifiesto.

La regla puede levantar cejas, particularmente de quienes siguen erigiendo la soberanía nacional en efigie incuestionable. Para ver porqué la regla no sólo es conveniente, sino indispensable, basta pensar en los resultados que de otra manera son propiciados.

Las federaciones nacionales tienen incentivos para tolerar a nivel local conducta reprochable a nivel internacional. El motivo es evidente: el deseo de apoyar a sus campeones nacionales. No es la única disciplina donde ésta debilidad se observa. El derecho del comercio internacional enfrenta la misma problemática.

17. Un estudio reciente aborda el delicado e interesante tema de la relación entre las judicaturas locales y los tribunales arbitrales: Gonzalez de Cossio, Francisco, *ARBITRAJE Y LA JUDICATURA* Ed. Porrúa, México, D.F., 2007.

Ante ello, el que exista un régimen que aborde (y corrija) el incentivo es plausible. Es un resultado que debe ser aplaudido por todos quienes creen y desean un Estado de Derecho mundial, incluyendo deportivo.

El arbitraje y la conciliación: una mirada en los arbitrajes nacionales e internacionales con sede en Chile

*Ricardo Riesco Eyzaguirre**

SUMARIO

1. Algunas particularidades sobre el arbitraje en Chile. 2. La conciliación como forma frecuente de terminación de los arbitrajes nacionales. 3. La conciliación en la LACI. 4. Procedencia de la conciliación en los arbitrajes comerciales internacionales con sede en Chile. 5. Conclusiones.

1. ALGUNAS PARTICULARIDADES SOBRE EL ARBITRAJE EN CHILE

En el año 2004, Chile pasó a engrosar el listado de países que cuentan con un sistema dualista de arbitraje comercial.

Por una parte, el arbitraje comercial doméstico o arbitraje nacional –que, en términos generales, tiene lugar cuando se resuelve una disputa entre chilenos emanada de un contrato celebrado y para ser ejecutado en Chile, sin que exista ningún factor de conexión con el extranjero– se encuentra regulado en el Código Orgánico de Tribunales del año 1943 (COT)¹ y en el

* Profesor de Derecho Procesal de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. LL.M. Universidad de Columbia, Nueva York. Abogado asociado senior en el estudio jurídico chileno Philippe Yrazaqui Pulido & Brünner Abogados.

Código de Procedimiento Civil del año 1903 (CPC)². El arbitraje comercial doméstico en Chile tiene una larga tradición y goza de un enorme reconocimiento como mecanismo de resolución de disputas, particularmente cuando se trata de conflictos contractuales de gran relevancia³. Prueba fehaciente de ello, entre otras cosas, es que el artículo 227 del COT consagra incluso ciertos casos de arbitraje forzoso⁴, contrariando así el principio general que propugna la voluntariedad primigenia del arbitraje. Sin perjuicio de que la regulación normativa aplicable al arbitraje nacional es muy antigua y en parte fue dictada hace ya más de un siglo, nuestra jurisprudencia –que en términos generales siempre ha apoyado y respetado el arbitraje en Chile– se ha encargado paulatinamente de incorporar los principios modernos e internacionalmente reconocidos en materia de arbitraje, tales como el principio de la autonomía de la cláusula arbitral⁵ y

1. COT, Título IX, artículos 222 a 243. El primer reconocimiento y regulación sistemática del arbitraje en Chile se remonta a la Ley Orgánica de Tribunales de 1875. Para mayores detalles, vid. EYZA-GUIRRE ECHEVERRÍA, Rafael, *El Arbitraje Comercial en la Legislación Chilena y su Regulación Internacional*, Editorial Jurídica de Chile, 1981, p. 19.
2. CPC, Libro III, Título VIII, artículos 628 a 644.
3. En coincidencia con esta opinión, vid. MEREMINSKAYA, Elina, "Arbitraje Doméstico e Internacional en Chile: En Búsqueda de la Armonía", en *Revista de Arbitraje y Mediación en Las Américas*, p. 97; y FERNÁNDEZ RUIZ, Gonzalo, "Arbitraje Comercial Internacional en Chile: Marco Legal y Jurisprudencia", en *El Arbitraje Comercial Internacional en Latinoamérica*, Marco Legal y Jurisprudencia, Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Legis, 2009, p. 289.
4. El artículo 227 del COT establece: "Deben resolverse por árbitros los asuntos siguientes:
1. La liquidación de una sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil, y la de las comunidades; 2. La partición de bienes; 3. Las cuestiones a que diere lugar la presentación de la cuenta del gerente o del liquidador de las sociedades comerciales y los demás juicios sobre cuentas; 4. Las diferencias que ocurrieren entre los socios de una sociedad anónima, o de una sociedad colectiva o en comandita comercial, o entre los asociados de una participación, en el caso del artículo 415 del Código de Comercio; 5. Las demás que determinen las leyes. Pueden, sin embargo, los interesados resolver por sí mismos estos negocios, si todos ellos tienen la libre disposición de sus bienes y concurren al acto, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 645 del Código de Procedimiento Civil". Por otro lado y en lo que respecta a los requisitos que deben contener los estatutos de una sociedad anónima en Chile, el artículo 4, N° 10 de la Ley N° 18.046, sobre Sociedades Anónimas, señala que "La escritura de la sociedad debe expresar: [...] 10. La naturaleza del arbitraje a que deberán ser sometidas las diferencias que ocurran entre los accionistas en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores, sea durante la vigencia de la sociedad o durante su liquidación. Si nada se dijere, se entenderá que las diferencias serán sometidas a la resolución de un árbitro arbitral".
5. Vid. sentencia recaída en el proceso caratulado "Calzados La Florida Limitada con Calzados Crillón Limitada", Corte de Apelaciones de Santiago, 28 de mayo de 1980; y sentencia recaída en el proceso caratulado "Carter Holt Harvey con Inversiones Socoroma", Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de julio de 1995. Nuestra doctrina, por su parte, también reconoce el principio de la autonomía de la cláusula arbitral. Vid., AYLWIN AZÓCAR, Patricia, *El Juicio Arbitral*, Quinta Edición, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 303: "La cláusula compromisoria es un contrato con fisonomía jurídica

el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, aunque en este último caso siempre que no se impugne la validez de la propia cláusula arbitral de la cual se deriva la jurisdicción y competencia del árbitro⁶.

Por otra parte, el arbitraje comercial internacional –que, en términos generales, tiene lugar cuando se resuelve una disputa que involucra al menos a una parte extranjera o tiene cualquier otro factor de conexión real y razonable con el extranjero– se encuentra regulado por la Ley N°19.971, de 29 de septiembre de 2004 (LACI), que constituye una réplica exacta de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI de 1985⁷. El propósito principal perseguido por Chile al dictar la LACI, además de llenar un evidente vacío normativo impropio de un país completamente abierto al comercio internacional⁸, era transformar a Santiago de Chile en una sede relevante de arbitrajes comerciales internacionales. En el Mensaje de la Ley enviado por el

propia e independiente [...]”. A este respecto, el inciso 2° del artículo 23 del Reglamento Procesal de Arbitraje Doméstico del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. señala que “El tribunal arbitral estará facultado para determinar la existencia o la validez del contrato del que forma parte una cláusula compromisoria. Para estos efectos, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje con arreglo al presente Reglamento, se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la invalidez de la cláusula compromisoria ni viceversa”.

6. Vid. sentencia recaída en el proceso caratulado “*Sociedad Elizabeth Adams y Compañía Limitada*”, Corte Suprema, 6 de octubre de 1993; sentencia recaída en el proceso caratulado “*Chilvestra Metropolitan*”, Corte Suprema, 5 de abril de 1994; y sentencia recaída en el proceso caratulado “*Patricio Millar Ovalle con Juez del 25° Juzgado Civil de Santiago*”, Corte Suprema, 26 de marzo de 1996. Para un análisis crítico de estas sentencias, vid. VÁSQUEZ PALMA, MARÍA FERNANDA, *Arbitraje en Chile. Análisis Crítico de su Normativa y Jurisprudencia*, LegalPublishing, 2009, p. 216. A este respecto, el inciso 1° del artículo 23 del Reglamento Procesal de Arbitraje Doméstico del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. señala que “El tribunal arbitral podrá decidir respecto de la existencia o validez de la cláusula compromisoria y de la excepción de incompetencia del tribunal, lo que deberá ser opuesta en el escrito de contestación a la demanda, o con respecto a una reconvencción, en la contestación a esa reconvencción. El tribunal arbitral decidirá como cuestión previa las excepciones relativas a su competencia”.
7. A partir del año 1975 y 1976, respectivamente, Chile es signatario de la Convención de Nueva York y de la Convención de Panamá.
8. A esta fecha, Chile ha suscrito nada menos que 19 acuerdos comerciales internacionales –entre Acuerdos Recíprocos de Protección de Inversiones, Acuerdos de Asociación Económica y Tratados de Libre Comercio– que involucran a 55 países del mundo, encontrándose otros en proceso de negociaciones. Para mayores detalles al respecto, vid. el cuadro resumen de acuerdos comerciales internacionales contenido en la página web de la Dirección General de Relaciones Económicas Internacionales del Ministerio de del Gobierno de Chile (www.dircon.cl), o bien IRARRÁZABAL, Jaime y RIESCO, Ricardo, “*Arbitration in Chile*”, en *Arbitration in 47 Jurisdictions Worldwide, Global Arbitration Review & Getting the Deal Through*, 2009.

Presidente de la República de la época, don Ricardo Lagos Escobar, se indicaba textualmente que “*El prestigio de Chile en términos de institucionalidad, solvencia jurídica y altos índices de transparencia hacen de Chile un centro natural de arbitraje en América Latina*”⁹.

Si bien este objetivo aún no se ha conseguido a cabalidad –cabe señalar, eso sí, que otros países también pretenden que una o más de sus ciudades se constituyan en sedes relevantes para la resolución de arbitrajes comerciales internacionales que involucren a partes iberoamericanas, tales como Miami, Madrid, Ciudad de México, Lima, etc.–, al menos la jurisprudencia nacional, siguiendo la misma tendencia que en el marco del arbitraje comercial doméstico, ha dado su apoyo al arbitraje comercial internacional en Chile, interpretando y aplicando en forma correcta diversas disposiciones de la LACI. En efecto, los tribunales chilenos han resuelto:

(i) Que la LACI se aplica *in actum* cuando concurren sus presupuestos de aplicación y que en el marco de arbitrajes internacionales con sede en Chile no proceden sino los limitadísimos recursos que establece la LACI¹⁰;

(ii) Que ante la existencia de una cláusula arbitral contenida en un contrato, el tribunal ordinario de justicia no puede sino remitir a las partes a arbitraje¹¹;

9. Vid. *Mensaje de S.E. el Presidente de la República con el que inicia un Proyecto de Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional*, N°15-349, de 2 de junio de 2003, p. 3. No obstante, también existe una cierta confusión respecto de los potenciales beneficios que podía traer aparejada la dictación de la LACI, lo que queda de manifiesto en que el mismo Mensaje Presidencial señalaba que “*Resulta conveniente a los intereses de las partes nacionales en las transacciones internacionales que ellas cuenten con los mecanismos legales adecuados para, en la medida de lo posible, estimular que las diferencias comerciales sean resueltas en Chile. Evidentemente, esta necesidad es más apremiante para las empresas pequeñas y medianas a las cuales les resulta demasiado oneroso litigar en el extranjero*”. Es muy improbable que una ley de arbitraje comercial internacional pueda traer aparejado beneficios para las pequeñas y medianas empresas de un país, toda vez que ellas ciertamente carecen del poder de negociación para imponer a sus contrapartes extranjeras que la sede en que se resuelvan sus disputas se ubique en su propio país, quedando también sujetos, en mayor o menor medida, a los tribunales ordinarios de dicho país.

10. Vid. sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 3 de mayo de 2006 en el proceso Rol N°88-2006, y sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 25 de mayo de 2006 en el proceso Rol N°865-2006.

11. Vid. sentencia dictada por el 21° Juzgado Civil de Santiago con fecha 2 de noviembre de 2007 en el proceso Rol N°16361-2006.

(iii) Que en el proceso de *exequatur* tendiente al reconocimiento de un laudo arbitral internacional sólo procede analizar las causales específicas contempladas para denegar su reconocimiento, pero no es posible analizar el fondo de la cuestión debatida en el arbitraje¹²;

(iv) Que las causales para anular un laudo arbitral internacional dictado en Chile son sólo aquellas establecidas en la LACI y que ellas deben ser interpretadas restrictivamente¹³; y

(v) Que es posible reconocer y ordenar ejecutar en Chile, en el marco de un *exequatur*, un laudo arbitral internacional que está en proceso de anulación en la sede del arbitraje¹⁴.

Hoy en día, en base a la información disponible en la página web de la CNUDMI (www.uncitral.org), existen más de 60 países que han adoptado legislaciones sobre arbitraje comercial internacional que son similares o idénticas a la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985 o 2006. En consecuencia, resulta evidente que, para transformarse en una sede relevante de arbitrajes comerciales internacionales, en ningún caso basta haber dictado una legislación sobre arbitraje comercial internacional que sea similar o incluso idéntica a la Ley Modelo CNUDMI de 1986 o 2006, lo que constituye tan sólo un “punto de partida” para el cumplimiento de dicho objetivo.

De alguna forma, Chile debe ser atractivo y lograr que los contratantes internacionales designen a Santiago de Chile como sede para el conocimiento y resolución de sus conflictos en el marco de arbitrajes comerciales internacionales, lo cual debe reportar ventajas comparativas tangibles para las partes. Con el objeto de que Santiago de Chile efectivamente se transforme o al

12. Vid. sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 15 de septiembre de 2008 en el proceso Rol N°6615-2007.

13. Vid. sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 4 de agosto de 2009 en el proceso Rol N°9134-2007.

14. Vid. sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 15 de diciembre de 2009 en el proceso Rol N°5228-2008.

menos tenga mayores posibilidades de transformarse en una sede relevante de arbitrajes comerciales internacionales que involucren a partes iberoamericanas, estimamos que no sólo es necesario que la jurisprudencia nacional siga desarrollándose favorablemente, como hasta ahora, sino que también sería necesario realizar ciertas reformas legales de menor entidad a la LACI, las que servirían para despejar cualquier asomo de duda o potencial de conflicto derivado de las disposiciones de la LACI, lo que constituye un primer objetivo más modesto. En nuestra opinión, dichas reformas debieran ser las siguientes:

(i) Clarificar expresamente en el texto de la LACI que en los arbitrajes comerciales internacionales con sede en Chile pueden intervenir como abogados de parte tanto abogados chilenos como abogados extranjeros. Lo anterior es indispensable a raíz de ciertos comentarios localistas y restrictivos emitidos al respecto por un H. Senador y por el Ministro de Justicia de la época durante el período de discusión de la LACI, quienes señalaron que un tribunal arbitral internacional con sede en Chile es un verdadero tribunal de justicia chileno y, por tanto, debe hacer cumplir las normas chilenas imperativas sobre comparecencia en juicio, que sólo permiten la intervención en juicio de abogados chilenos; y

(ii) Garantizar la "finalidad" del laudo arbitral internacional dictado en Chile, lo cual se logra eliminando la competencia de la Corte de Apelaciones respectiva para conocer y resolver el recurso de nulidad, como señala el artículo 34 de la LACI, y entregándosela a la Corte Suprema. En efecto, dicha modificación legal permitiría excluir cualquier interpretación legal que sostuviere que, al menos teóricamente, procedería el recurso de queja ante la Corte Suprema en contra de la sentencia que dicte una Corte de Apelaciones en el marco de un recurso de nulidad interpuesto en contra de un laudo arbitral internacional dictado en Chile. Asimismo, dicha reforma legal permitiría radicar en la Corte Suprema, como máximo tribunal del país, la competencia para conocer de los recursos de nulidad deducidos contra laudos arbitrales internacionales dictados en Chile y, además, la competen-

cia para conocer de los exequátur tendientes al reconocimiento de laudos arbitrales internacionales dictados en el extranjero, creándose así una jurisprudencia constante y uniforme sobre lo que constituye el "orden público procesal" en Chile¹⁵.

No obstante la existencia de un sistema dualista de arbitraje, en la práctica no existen mayores diferencias entre un arbitraje nacional y un arbitraje comercial internacional con sede en Chile.

La diferencia más sustancial está constituida por el alcance de los recursos disponibles contra el laudo arbitral. Mientras que en contra de un laudo arbitral internacional dictado en Chile sólo procede el recurso de nulidad establecido en el artículo 34 de la LACI, que es igual al contemplado en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI y es conocido por la Corte de Apelaciones respectiva, en términos generales y al menos teóricamente los laudos arbitrales domésticos están sujetos al mismo régimen de recursos –que contempla el recurso de apelación, el recurso de casación en la forma, el recurso de casación en el fondo¹⁶ y el recurso de queja– que las sentencias pronunciadas por los tribunales ordinarios de justicia, los que pueden implicar una prolongada revisión tanto de la forma como del fondo de lo discutido y resuelto en el arbitraje comercial doméstico. A pesar de la existencia de esta posibilidad, constituye una práctica habitual en Chile que las partes renuncien a la interposición de recursos en contra del laudo arbitral doméstico, lo que conforme a la jurisprudencia nacional equivale a limitar los recursos disponibles al recurso de casación en la

15. Para mayores detalles a este respecto, vid. LINDSEY, David y RIESCO, Ricardo, "Selecting Chile as Seat of Arbitration: A Real Option?", en *International Business Litigation & Arbitration, Volume One, Practising Law Institute*, 2006.

16. El recurso de apelación constituye la manifestación de la doble instancia en Chile, toda vez que tiene por objeto que el tribunal superior emienda la resolución del inferior, tanto en lo que respecta a los hechos como al Derecho, y está regulado en los artículos 186 a 230 del CPC. El recurso de casación, que puede traer aparejada la nulidad de una resolución, se refiere a defectos formales acaecidos durante la tramitación del proceso o en la propia resolución –en cuyo caso se llama recurso de casación en la forma– o con defectos en la interpretación o aplicación del Derecho por parte del tribunal inferior –en cuyo caso se llama recurso de casación en el fondo. El recurso de casación se encuentra regulado en los artículos 764 a 809 del CPC.

forma por incompetencia, al recurso de casación en la forma por *ultrapetita* y al recurso de queja¹⁷, el cual procede en caso de faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional¹⁸ y, en consecuencia, “abre una puerta” para la revisión del fondo de las cuestiones discutidas y resueltas en el arbitraje nacional. El acogimiento de un recurso de queja contra un laudo arbitral doméstico, no obstante, es sumamente excepcional. Un dato muy ilustrativo de la insignificante relevancia de los recursos de queja en el marco del arbitraje nacional es que, desde el año 1992 a la fecha, tan sólo se ha acogido un recurso de queja en contra de los laudos arbitrales domésticos dictados en los más de 1000 arbitrajes conducidos bajo las normas procesales del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G. (CAM Santiago), la principal institución arbitral existente en Chile.

A su vez, y en lo que constituye una particularidad que no es común en el arbitraje comercial internacional, la gran mayoría de los arbitrajes nacionales son conocidos y resueltos en Chile por un solo árbitro –esto es, no se trata de tribunales arbitrales colegiados– que, por regla general, reviste el carácter de árbitro

17. Vid. sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 11 de mayo de 1981 en el proceso Rol N°5202-1981; y sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 29 de abril de 1992 en el proceso Rol N°18.553-1991; y sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 17 de octubre de 1994 en el proceso caratulado “*Cuentexa S.A. con Arbitro Sr. Lorenzo de la Maza Rivadeneira*”.

18. El artículo 545 del COT establece: “*El recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional. Sólo procederá cuando la falta o abuso se cometa en sentencia interlocutoria que ponga fin al juicio o haga imposible su continuación o definitiva, y que no sean susceptibles de recurso alguno, ordinario o extraordinario, sin perjuicio de la atribución de la Corte Suprema para actuar de oficio en ejercicio de sus facultades disciplinarias. Se exceptúan las sentencias definitivas de primera o única instancia dictadas por árbitros arbitradores, en cuyo caso procederá el recurso de queja, además del recurso de casación en la forma. El fallo que acoge el recurso de queja contendrá las consideraciones precisas que demuestren la falta o abuso, así como los errores u omisiones manifiestas y graves que los constituyan y que existan en la resolución que motivó el recurso, y determinará las medidas conducentes a remediar tal falta o abuso. En ningún caso podrá modificar, acumular o invalidar resoluciones judiciales respecto de las cuales la ley contempla recursos jurisdiccionales ordinarios o extraordinarios, salvo que se trate de un recurso de queja interpuesto contra sentencia definitiva de primera o única instancia dictada por árbitros arbitradores. En caso que un tribunal superior de justicia, haciendo uso de sus facultades disciplinarias, invalide una resolución jurisdiccional, deberá aplicar la o las medidas disciplinarias que estime pertinentes. En tal caso, la sala dispondrá que se dé cuenta al tribunal pleno de los antecedentes para los efectos de aplicar las medidas disciplinarias que procedan, atendida la naturaleza de las faltas o abusos, la que no podrá ser inferior a amonestación privada*”.

arbitrador, esto es, de árbitro de equidad o *ex aequo et bono*¹⁹. Según las estadísticas del CAM Santiago, por ejemplo, el 70% de los arbitrajes nacionales conducidos conforme a sus reglas desde el año 1992 a la fecha han sido conocidos y resueltos por árbitros de equidad²⁰.

2. LA CONCILIACIÓN COMO FORMA FRECUENTE DE TERMINACIÓN DE LOS ARBITRAJES NACIONALES

Aunque carecen de imperio, los árbitros son considerados verdaderos jueces en Chile. De hecho, el artículo 222 del COT define a los árbitros como *“los jueces nombrados por las partes, o por la autoridad judicial en subsidio, para la resolución de un asunto litigioso”*²¹.

19. En todo caso, un árbitro *ex aequo et bono* en Chile no tiene plena libertad ni en cuanto a la forma ni en cuanto al fondo. En lo que respecta al procedimiento, la jurisprudencia nacional ha señalado que *“[...] el árbitro arbitrador no está obligado a guiar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieran señalado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil, exigencias éstas que constituyen las garantías mínimas establecidas por la ley a favor de todas las partes interesadas en la controversia, por lo que el árbitro arbitrador no puede haber tramitado el juicio y dictado sentencia definitiva con prescindencia de ellas”*. Vid. sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 14 de septiembre de 1986 en el proceso caratulado *“Muniz de la Fuente, Ezequiel”*. El artículo 16 del Reglamento Procesal de Arbitraje del CAM Santiago señala que *“[...] tratándose de arbitraje de arbitrador, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos”*. En cuanto al fondo, se ha resuelto que *“La facultad del árbitro arbitrador de fallar en conciencia no lo exonera de la obligación de fundamentar sus decisiones, ni autoriza a la arbitrariedad judicial, y por ello cabe concluir que incurrió en falta el árbitro que coartó a una de las partes la posibilidad de solicitar las diligencias de prueba que hagan posible que la sentencia sea fruto de la convicción que emane de los antecedentes y pruebas concretas que se agreguen al proceso y no solamente de apreciaciones puramente subjetivas de los arbitradores”*. Vid. sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 2 de enero de 1989 en el proceso caratulado *“Mackenna Shieff, Luis”*. Asimismo, la jurisprudencia nacional ha precisado que *“Los árbitros deben fallar conforme a la equidad, y siendo éste un concepto objetivo, en su virtud deben los árbitros respetar las normas del Derecho Positivo que tienen carácter de orden público [...]”*. Vid. sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 16 de septiembre de 1993 en el proceso caratulado *“Abdala Murog, José”*.
20. Vid. *Informativo On Line del CAM Santiago N°07/2010*, disponible en www.camsantiago.cl. Otro dato interesante que aporta el CAM Santiago es que, de los arbitrajes nacionales seguidos bajo sus reglas desde el año 1992 hasta la fecha, un 14% tuvo una duración inferior a 3 meses; un 16% duró entre 3 y 6 meses; y un 35% de los arbitrajes tuvo una duración entre 6 meses y un año.
21. *“Acordado el compromiso, designado e instalado legalmente el árbitro que resolverá los asuntos que se han previsto, éste adquiere el carácter de juez [...]”*. El que carezca de imperio para hacer cumplir directamente en forma compulsiva sus resoluciones no le resta el referido carácter de juez [...]. Vid. sentencia recaída en el proceso *“Carter Holt Harvey con Inversiones Socoruma”*, Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de julio de 1995.

Como jueces que son, los árbitros están obligados a cumplir, en la conducción de los arbitrajes nacionales, con aquellos trámites que la legislación procesal civil chilena ha catalogado como “esenciales” en todo proceso legal que se ventile en primera instancia²². Según lo establecido en el artículo 795 del CPC, los llamados “trámites esenciales en primera instancia”, cuya omisión puede traer aparejada la nulidad del proceso legal o de la sentencia que recaiga en el mismo, son:

“[...] 1. El emplazamiento de las partes en la forma prescrita por la ley²³; 2. El llamado a las partes a conciliación, en los casos en que corresponda conforme a la ley; 3. El recibimiento de la causa a prueba cuando proceda con arreglo a la ley; 4. La práctica de diligencias probatorias cuya omisión podría producir indefensión; 5. La agregación de los instrumentos presentados oportunamente por las partes, con citación o bajo el apercibimiento legal que corresponda respecto de aquella contra la cual se presentan; 6. La citación para alguna diligencia de prueba; y 7. La citación para oír sentencia definitiva, salvo que la ley no establezca este trámite”.

Para efectos de la ley procesal chilena, la “conciliación” de que da cuenta el segundo de los “trámites esenciales en primera instancia”, que se encuentra regulada en los artículos 262 á 268 del CPC, podemos definirla como el acuerdo de las partes, provocado por el árbitro, quien establece las bases para la resolución del conflicto.

22. Vid. sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, con fecha 11 de junio de 1997, en el proceso caratulado “Gálvez Z., Ricardo con Agrícola Santa Carmen Limitada”, Rol N°5228-2008.

23. Por regla generalísima, la primera notificación en todo proceso legal ventilado en Chile debe hacerse al demandado en forma personal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 del CPC. No obstante, la Corte Suprema, en el marco de un *exequatúr* tendiente a que se reconociera en Chile un laudo arbitral internacional dictado en Rotterdam, Holanda, en contra de una empresa chilena, proceso en el cual ésta aseveró que se había infringido el orden público nacional toda vez que había sido notificada de la demanda por fax y no en forma personal, como prescribe la ley procesal chilena, resolvió acertadamente que la forma de las notificaciones en el marco de un arbitraje comercial internacional se rige por lo acordado por las partes en la cláusula arbitral pertinente –explícita o implícitamente, en este último caso al adoptar las reglas de alguna institución arbitral– y que su validez se sujeta a las leyes procesales del país en que se haya dictado el laudo arbitral internacional. Vid. sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 5 de julio de 1999 en el proceso caratulado “Sociedad Quota Food Products B.V.”.

El principio general en el Derecho Procesal chileno es que el llamado de las partes a conciliación es facultativo para el árbitro, quien puede hacerlo cuantas veces estime pertinente, conforme a lo dispuesto en el inciso final del artículo 268 del CPC, con tal que el demandado ya haya contestado la demanda. En la práctica, en los arbitrajes comerciales domésticos las partes suelen facultar al árbitro, en las respectivas actas de procedimiento arbitral, para llamar a conciliación cuando así lo estime conveniente. No obstante el carácter eminentemente facultativo del llamado de las partes a conciliación conforme a la legislación procesal nacional, a partir del año 1994, y más precisamente desde la dictación de la Ley N°19.334, de fecha 7 de octubre de 1994, el árbitro se encuentra obligado, aunque nada se diga al respecto en el acta de procedimiento arbitral, a llamar a las partes a conciliación al menos una vez durante el arbitraje, más precisamente una vez terminado el período de discusión –esto es, cuando las partes ya han intercambiado sus escritos sobre el fondo de la disputa– y antes de que comience el período de prueba del arbitraje. Siguiendo dicho imperativo, por ejemplo, el Reglamento Procesal de Arbitraje Doméstico del CAM Santiago indica en su artículo 24 que *“El tribunal, presentado el escrito de contestación a la demanda o a la reconvenición, en su caso, o vencido los plazos para hacerlo, llamará a las partes a conciliación”*.

Es justamente este llamado obligatorio de las partes a conciliación por parte del árbitro el que reviste el carácter de *“trámite esencial en primera instancia”*, cuya omisión trae aparejado que el proceso arbitral adolezca de un vicio inherente de nulidad. Según lo dispuesto en el artículo 796 del CPC, los árbitros arbitradores o de equidad son los únicos árbitros que se encuentran liberados de este trámite obligatorio²⁴.

24. Para los árbitros *ex aequo et bono* en Chile, los únicos “trámites esenciales en primera instancia” que deben ser respetados en sus procesos arbitrales son aquellos señalados en los numerales 1° y 5° del artículo 795 del CPC, ya citada y transcrito. Vid. también sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago con fecha 3 de abril de 1997 en el proceso caratulado *“Agrícola El Delirio Limitada y Otros con Raquelbert Ernst, Lionel”*.

El llamado de las partes a conciliación se materializa en una audiencia –denominada audiencia de conciliación– que se verifica con el árbitro y las partes que asistan. La gran particularidad de este trámite es que, conforme a lo dispuesto en los artículos 262 y 263 del CPC, durante la audiencia de conciliación el árbitro debe necesariamente actuar como amigable componedor y proponer personalmente a las partes bases de arreglo, procurando obtener un acuerdo total o parcial respecto del conflicto suscitado.

En atención a las amplias facultades de que goza el árbitro en el marco de una audiencia de conciliación, ha sido la propia ley, en el artículo 263 del CPC, quien se ha encargado expresamente de precisar que las opiniones que emite el árbitro durante esta “fase” de conciliación no lo inhabilitan para seguir conociendo y resolver finalmente la disputa, en caso que la conciliación finalmente no prospere. Esta precisión era absolutamente necesaria, pues en caso contrario las partes podrían haber intentado inhabilitar al árbitro por “prejuzgamiento”²⁵. A este respecto, resulta interesante observar que el Reglamento Procesal de Arbitraje Internacional del CAM Santiago, incorporando una técnica propia de lo que hoy se conoce como *Med/Arb* (Mediación/Arbitraje), reproduce este mismo principio cuando en su artículo 12, N°3 señala que

“Cuando un acuerdo arbitral disponga que un conciliador o mediador deba ser nombrado y el conciliador o mediador deba también actuar posteriormente como árbitro en caso que la conciliación o mediación fracase, una parte no podrá oponerse a que el conciliador o mediador sea nombrado árbitro, basándose únicamente en el hecho de que se desempeñó como conciliador o mediador en todos o ciertos asuntos ventilados en el arbitraje”.

25. El artículo 195, N°8 del COT señala que es causal de implicancia “[...] Haber el juez manifestado su dictamen sobre la cuestión pendiente con conocimiento de los antecedentes necesarios para pronunciar sentencia”.

Otro aspecto relevante de este trámite obligatorio es que en el marco de la audiencia de conciliación se rompe o al menos puede romperse el principio dispositivo que informa todo el procedimiento civil en Chile²⁶, toda vez que conforme al artículo 266 del CPC el árbitro puede ordenar que se agreguen al proceso todos los antecedentes y medios probatorios que estime pertinentes para efectos de alcanzar una conciliación entre las partes.

En virtud de lo expresado, no cabe duda alguna que, por medio del trámite obligatorio del llamado de las partes a conciliación, la legislación procesal chilena confiere a un árbitro, por el solo ministerio de la ley, facultades de arbitrador, esto es, facultades para actuar en equidad, con el propósito concreto y específico de que intente lograr un acuerdo que ponga término al arbitraje, no obstante que las partes no le hayan atribuido dicha calidad en el compromiso o cláusula arbitral, y aún en el evento que las partes le hubieren prohibido al árbitro actuar de dicha forma.

La importancia de la conciliación en Chile como mecanismo de terminación de un arbitraje no es menor. En efecto y según las estadísticas del CAM Santiago, nada menos que un 30% de los arbitrajes nacionales seguidos conforme a sus reglas desde el año 1998 a la fecha se terminaron por medio de un acuerdo conciliatorio entre las partes en el marco del arbitraje en curso. En este caso y conforme a lo dispuesto en el artículo 267 del CPC, se levanta un acta del acuerdo conciliatorio, la cual consigna las especificaciones del arreglo, es suscrita por el árbitro, las partes y el secretario, y *"se estimará como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales"*, esto es, pasa a constituir un *"equivalente jurisdiccional"*, un acto que sin haber emanado de la jurisdicción de los tribunales de justicia resuelve un conflicto jurídico con efectos equivalentes –la acción y la excepción de cosa juzgada– a los

26. El principio dispositivo está graficado en el artículo 10 del COT, que señala que "Los tribunales no podrán ejercer su ministerio sino a petición de parte, salvo los casos en que la ley los faculte para proceder de oficio".

que produce una sentencia emanada de un órgano jurisdiccional.

En cualquier caso, la conciliación no debe confundirse con otros equivalentes jurisdiccionales similares, pero no iguales, como son el avenimiento y la transacción.

El avenimiento es *"el acuerdo de las partes para poner término a un juicio pendiente, en el cual no tiene intervención activa el tribunal, limitándose las partes a presentarlo para el conocimiento del órgano jurisdiccional"* y, conforme al artículo 434, N°3 del CPC, debe ser otorgado ante un ministro de fe o ante dos testigos y aprobado por el órgano jurisdiccional para que tenga mérito ejecutivo²⁷. La transacción, por su parte, es un verdadero contrato en que, conforme a lo establecido en el artículo 2460 del Código Civil de Chile, *"las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual, haciéndose concesiones recíprocas"*.

Si bien todos ellos producen el efecto de cosa juzgada, la conciliación se distingue del avenimiento y de la transacción por cuanto requiere necesariamente de la intervención y participación activa del órgano jurisdiccional, que promueve, facilita y propone el acuerdo conciliatorio; mientras que el avenimiento y la transacción sólo son sinónimos en cuanto ponen término a un litigio pendiente, más no en cuanto se precave un litigio eventual, lo que es propio y exclusivo de la transacción, al igual que el hecho de que la transacción, para que sea válida, requiere necesariamente que las partes se hagan concesiones recíprocas.

27. RODRÍGUEZ PAPIC, Ignacio, *Juicio Ordinario de Mayor Cuantía*, Quinta Edición, Editorial Jurídica de Chile, 1995, p. 238.

3. LA CONCILIACIÓN EN LA LACI

Al igual que lo que ocurre en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI de 1985 y 2006, la LACI no realiza mención expresa o implícita alguna a la conciliación.

En efecto, el único equivalente jurisdiccional al que se hace referencia en la LACI es a la transacción. El artículo 30 de la LACI señala:

“Transacción. 1) Si, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes. 2) El laudo en los términos convenidos se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31 y se hará constar en él que se trata de un laudo. Este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio”²⁸.

La frecuente necesidad de hacer constar la transacción en un laudo arbitral proviene de que, en caso de incumplimiento de lo acordado por las partes, se tendrá que proceder a su cumplimiento forzado, para lo cual es sumamente aconsejable contar con un laudo arbitral “amparable” en la Convención de Nueva York²⁹.

28. El artículo 34, N°1 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI también reconoce esta posibilidad al señalar que “Si antes de que se dicte el laudo, las partes convienen una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dictará una orden de conclusión del procedimiento o, si lo piden ambas partes y el tribunal lo acepta, registrará la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes. Este laudo no ha de ser necesariamente motivado”. Asimismo, el artículo 26 del Reglamento de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional prescribe que “Laudo por acuerdo de las partes. Si las partes llegan a un arreglo después que el expediente haya sido entregado al Tribunal Arbitral de conformidad con lo previsto en el artículo 11, se dejará constancia de dicho arreglo en un Laudo por acuerdo de las partes, siempre y cuando las partes así lo hayan solicitado y el Tribunal Arbitral esté de acuerdo con dictarlo”. Por último, el artículo 34, N°2, letra b) del Reglamento Procesal de Arbitraje Internacional del CAM Santiago, aunque indirecta o implícitamente, acepta que un arbitraje se termine por transacción al establecer que “El tribunal arbitral decidirá dar por terminadas sus actuaciones cuando: b. Las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones arbitrales”.

29. Para mayores detalles, vid. REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, Cuarta Edición, La Ley, 2007, p. 526.

Así, la conciliación, en su acepción conforme a la legislación procesal chilena, que implica un verdadero desdoblamiento del árbitro para le permite transformarse, al menos temporalmente, en un verdadero mediador, no tiene reconocimiento en el arbitraje comercial internacional. En otros términos, no constituye una práctica propia del arbitraje comercial internacional que el árbitro o el tribunal arbitral propugnen, por su propia cuenta e iniciativa, un acuerdo entre las partes, fijando las bases para un eventual arreglo que ponga término al arbitraje.

La verdad es que ello no es de extrañar. En efecto, en gran parte del mundo la conciliación es considerada como sinónimo de mediación y ambas, a su vez, como una de las varias clases de mecanismos existentes para la resolución alternativa de disputas o ADR, dentro de las cuales no se encuentra el arbitraje. Así, se ha dicho que

«Por lo general, los términos ‘mediación’ y ‘conciliación’ son utilizados en forma indistinta; no existe consenso generalizado respecto de la definición que les corresponde. Históricamente, en el ámbito de la solución privada de controversias, se consideraba que el conciliador era una persona que llegaba un paso más allá que el mediador, por así decirlo, dado que el conciliador redactaba y proponía los términos del acuerdo que, en su opinión, reflejaba una solución justa. En la práctica, ambos términos parecen haberse combinado, si bien los abogados del common law tienden a hablar de ‘mediación’, mientras que los abogados del civil law generalmente se refieren a ‘conciliación’»³⁰.

Tan ajena es la conciliación al arbitraje comercial internacional, al menos conceptualmente, que desde el año 1980 existe el Reglamento de Conciliación de la CNUDMI, y desde el año 2002, incluso, también existe una Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, ambos instrumentos desconocidos en Chile³¹. De hecho, la propia resolución de la

30. REOFERN, Alan, HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, *ob. cit.*, p. 104.

Asamblea General de la CNUDMI que aprobó la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional da cuenta de la equivalencia entre conciliación y mediación, y por tanto, aunque implícitamente, de sus diferencias con el arbitraje, al señalar que

“Reconociendo el valor para el comercio internacional de los métodos de solución de controversias comerciales en los que las partes en litigio solicitan a un tercero o terceros que les ayuden en su intento de resolver la controversia de manera amistosa; Observando que esos métodos de solución de controversias, a los que se alude con expresiones tales como conciliación y mediación y términos similares, se usan cada vez más en la práctica mercantil nacional e internacional en sustitución de los litigios judiciales [...]; Estimando que la Ley Modelo ayudará en medida significativa a los Estados a mejorar su legislación relativa al uso de técnicas modernas de conciliación o mediación y a formular legislación cuando no exista [...]”³².

Quizás si el *Med/Arb*, o mediación seguida de arbitraje, en que la persona del árbitro podría ser la misma que las ofició de mediador con anterioridad, sea la figura que actualmente tienda a reflejar de mayor medida la eventual interrelación que puede hipotéticamente existir entre la mediación/conciliación y el arbitraje, lo que en los arbitrajes nacionales conducidos en Chile, como ya vimos, constituye una práctica habitual y, es más, un imperativo legal, aunque no *in limine litis* sino que durante la tramitación misma del arbitraje. No obstante aquello, el *Med/Arb* no tiene aplicación generalizada a nivel mundial –aunque es reconocido como una posibilidad en el artículo 12 de la Ley Modelo de Conciliación Comercial Internacional de la CNUDMI– y ha sido objeto de críticas, al menos respecto de su operatividad práctica:

31. De hecho, actualmente tan solo 7 países del mundo han dictado leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional. Entre ellos se encuentran dos países iberoamericanos: Honduras (2000) y Nicaragua (2005).

32. Quincuagésimo Segunda Sesión Plenaria de la Asamblea General de la CNUDMI, 19 de noviembre de 2002.

“En este proceso, las partes acuerdan que si la mediación no conduce a un acuerdo negociado, el mediador abandonará su rol de tal y adoptará la función de árbitro para decidir la controversia. Si bien el proceso se utiliza en EE.UU. (por ejemplo, en cuestiones laborales), los abogados consideran que plantea diversas interrogantes. Por ejemplo, ¿qué grado de franqueza puede esperarse en las conversaciones entre las partes y el mediador (incluida la posibilidad de informarle qué propuestas transaccionales estarían dispuestas a aceptar) cuando saben que podría suceder que éste deba desempeñarse como árbitro en la misma causa? ¿Y cómo puede el árbitro cumplir o aparentar cumplir los requisitos de ‘imparcialidad’ y ‘audiencia justa’ si anteriormente mantuvo conversaciones privadas con cada parte por separado y les dio a conocer sus opiniones?”³³.

4. PROCEDENCIA DE LA CONCILIACIÓN EN LOS ARBITRAJES COMERCIALES INTERNACIONALES CON SEDE EN CHILE

Todos quienes tienen algún conocimiento en materia de arbitraje comercial internacional saben, o se han visto forzados a aprender, que la sede del arbitraje reviste una importancia fundamental, toda vez que determina la *lex arbitri*, es decir, la ley nacional aplicable a todas las cuestiones de forma y fondo relativas al compromiso o cláusula arbitral y a la conducción del procedimiento arbitral³⁴. Así, el contenido de la *lex arbitri* puede perfectamente determinar el éxito o fracaso de un arbitraje, con independencia del mérito de las alegaciones de fondo de las partes.

Como vimos, la LACI, que constituye la ley especial aplicable a los arbitrajes comerciales internacionales con sede en Chile,

33. REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, *ob. cit.*, p. 107.

34. REDFERN, Alan, HUNTER, Martin, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine, *ob. cit.*, p. 154 y ss; BORN, Gary B., *International Commercial Arbitration, Commentary and Materials*, Second Edition, Transnational Publishers & Kluwer Law International, 2001, p. 411 y ss.

no hace referencia alguna y omite toda mención a la conciliación. Al mismo tiempo, no obstante, la legislación procesal chilena aplicable al arbitraje doméstico, que constituye la ley supletoria de la LACI en todas aquellas materias no reguladas por ella³⁵, establece la conciliación como un trámite esencial en los arbitrajes conducidos en Chile, con excepción de los procesos arbitrales ventilados ante árbitros *ex aequo et bono*. En consecuencia y atendido lo expuesto precedentemente, el practicante en materia de arbitraje comercial internacional puede –e incluso debe– legítimamente hacerse la siguiente pregunta: si designo a Santiago de Chile como la sede de mi arbitraje comercial internacional, ¿será indispensable que se realice una conciliación durante la secuela del arbitraje y, en la afirmativa, puede el árbitro que llevó adelante las gestiones de conciliación seguir conociendo y resolver el arbitraje si éstas fracasan?

Aunque parezca redundante, es necesario insistir, en primer lugar, que esta interrogante no se plantea tratándose de arbitrajes comerciales internacionales con sede en Chile que sean ventilados y resueltos por un árbitro arbitrador, en equidad o *ex aequo et bono*, toda vez que ni la LACI ni la legislación procesal chilena exigen que se realice el trámite de conciliación en el marco de arbitrajes de esta naturaleza. Entendemos, eso sí, que los arbitrajes de equidad constituyen a todas luces una excepción tratándose de arbitrajes comerciales internacionales, por lo que la cuestión planteada no reviste mayor trascendencia en este caso.

La respuesta a la cuestión planteada no reviste mayor complejidad cuando las partes, ejerciendo la autonomía de su libertad ya sea en el compromiso, en la cláusula arbitral o durante la misma secuela del arbitraje comercial internacional con sede en Chile, han convenido expresa o tácitamente –por ejemplo, al aceptar, no objetar y participar en una audiencia que con tal pro-

35. SALVADOR CRESPO, Íñiga, "Especialidad y Prevalencia de la Ley Arbitral sobre las Normas de Derecho Procesal Común", en *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, Cevallos Editora Jurídica, 2009, p. 83.

pósito hubiese sido convocada por el árbitro— en que se realice una conciliación con miras a que el árbitro, actuando con carácter de amigable componedor, proponga personalmente a las partes bases para un eventual acuerdo que ponga término al arbitraje.

En este escenario y suponiendo el fracaso de las gestiones de conciliación, creemos que el árbitro no estaría inhabilitado para seguir conociendo y resolver el arbitraje comercial internacional con sede en Chile. Sustenta lo anterior lo dispuesto en la Norma General 4(d) de las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, aprobadas por el Consejo de la *International Bar Association* el 22 de mayo de 2004, que señala que

“En cualquier etapa del procedimiento el árbitro podrá asistir a las partes para llegar a una transacción que resuelva la controversia. Sin embargo, antes de hacerlo, el árbitro deberá obtener el consentimiento expreso de las partes de que el actuar de esa forma no lo descalificará para seguir desempeñando las funciones de árbitro. Dicho consentimiento expreso será considerado como una renuncia efectiva al derecho que tienen las partes a objetar cualquier conflicto de intereses que pudiera surgir derivado de la participación del árbitro en dicho proceso conciliatorio o por la información a la que el árbitro pueda tener acceso en dicho proceso. Si a pesar del apoyo del árbitro no se llegare a un acuerdo conciliatorio, la renuncia de las partes seguirá siendo válida. No obstante, en consonancia con la Norma General 2(a) y a pesar de la renuncia de las partes, el árbitro deberá renunciar si, como consecuencia de su participación en el proceso conciliatorio, se generan dudas que le impidan mantener su imparcialidad e independencia en las siguientes instancias del procedimiento”³⁶.

36. Comentando la Norma General 2(d), las mismas Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional establecen que “Algunas jurisdicciones, aunque no todas, aceptan que el Tribunal Arbitral ayude a las partes a buscar un acuerdo transaccional en cualquier momento del procedimiento. El consentimiento previo de las partes para que el Tribunal Arbitral proceda en este sentido, tomando en consideración plenamente las consecuencias de este acto, constitu-

Salvo por este último párrafo, que en forma excepcional aunque teóricamente permitirían a una parte inhabilitar efectivamente o al menos intentar inhabilitar a un árbitro como consecuencia de su participación en gestiones de conciliación realizadas en el marco de un arbitraje comercial internacional con sede en Chile, la legislación procesal chilena es plenamente concordante con la Norma General 2(d) de las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, en cuanto excluye expresamente toda posibilidad de que las partes puedan siquiera intentar impugnar a un árbitro que haya participado en gestiones de conciliación durante la secuela de un arbitraje, lo que no es sino la consecuencia lógica, directa y necesaria de que la legislación procesal chilena permite e incluso exige, por regla generalísima, que se verifique una conciliación durante los arbitrajes. Dado su carácter de *lex arbitri*, conformada además por normas de Derecho Público contenidas en el CPC, no cabe duda alguna que en caso de cualquier discrepancia en esta materia, como la arriba reseñada, la legislación procesal chilena prevalece sobre las Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, las que como su propio nombre indica son sugerencias y “no son normas jurídicas y no prevalecen sobre el Derecho nacional aplicable ni sobre el reglamento de arbitraje que las partes hubieren elegido”³⁷.

La gran interrogante consiste en determinar si, en el marco de un arbitraje comercial internacional con sede en Chile, y a falta de acuerdo explícito o implícito de las partes al respecto, es necesario que el árbitro realice una gestión de conciliación en los

ye una renuncia efectiva de las partes a hacer valer su derecho de objetar al árbitro por un posible conflicto de intereses. Generalmente basta con que las partes expresen su consentimiento verbalmente; por el contrario, en algunas jurisdicciones debe prestarse por escrito en un documento firmado. En la práctica, el requisito de que la renuncia sea expresa se cumple cuando las partes manifiestan su consentimiento en el acta o en la transcripción de la audiencia conciliatoria. Además, para evitar que las partes usen al árbitro como conciliador para luego descalificarlo, la Norma General hace hincapié en que la renuncia sigue siendo válida a pesar de que la conciliación fracase. De esta manera, las partes asumen el riesgo de que el árbitro obtenga todo tipo de información sobre las partes al buscar un acuerdo. Por lo tanto, antes de dar su consentimiento expreso, las partes deben sopesar las consecuencias y acordar una regulación sobre esta situación si así lo estimaran necesario”.

37. Directrices de la IBA sobre los Conflictos de Intereses en el Arbitraje Internacional, Introducción, N° 6.

términos que son propios y característicos para la legislación procesal chilena.

Nuestra opinión es que no es indispensable, como requisito de validez ni del proceso arbitral ni del laudo arbitral definitivo, que se verifique una conciliación en los arbitrajes comerciales internacionales con sede en Chile, sino que ello queda sometido al arbitrio absoluto de las partes. Esta opinión se funda:

(i) En que, como vimos, la LACI, que constituye la ley especial aplicable al arbitraje comercial internacional en Chile, no se refiere ni en forma explícita ni implícita a la conciliación;

(ii) En que, como también analizamos, la conciliación es una práctica que por regla generalísima es ajena y extraña al arbitraje comercial internacional, toda vez que se trata de un mecanismo de resolución alternativa de disputas equivalente a la mediación y, por tanto, conceptualmente distinto al arbitraje;

(iii) En que la conciliación, si bien por regla generalísima constituye un trámite esencial y obligatorio en el marco de arbitrajes nacionales, no es una gestión que forme parte integrante de la garantía del debido proceso establecida en el artículo 19, N°3, inciso 5° de la Constitución Política de la República de Chile³⁸ y, en consecuencia, no forma parte del "orden público procesal" indisponible para las partes³⁹; y

38. "La Constitución asegura a todas las personas: [...] Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos".

39. La Corte Suprema, en sentencia pronunciada con fecha 5 de diciembre de 2001 en el proceso Rol N°3643-2001, resolvió que "Conforme a la doctrina nacional, el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución Política de la República asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: La publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada asesoría y defensa con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores, el pronunciamiento de los fallos dentro de los plazos legales previstos y la fundamentación de ellos en el régimen jurídico vigente, o, en su defecto, en los principios generales del derecho y equidad natural".

(iv) En que, cualquiera que sea en definitiva su verdadera naturaleza jurídica, un arbitraje comercial internacional, aunque tenga su sede en Chile, no puede equiparse en forma absoluta a un arbitraje nacional⁴⁰.

Sin perjuicio de todas estas consideraciones, estimamos que en el caso de arbitrajes comerciales internacionales cuya sede se encuentre en Chile resulta aconsejable y prudente excluir la conciliación en forma expresa –ya sea en el compromiso, en la cláusula arbitral o en el acta de procedimiento arbitral– si es que las partes no estiman conveniente la práctica de dicha diligencia durante el curso del arbitraje.

5. CONCLUSIONES

En el marco del arbitraje doméstico en Chile, existe una verdadera y profunda “simbiosis” entre el arbitraje y la conciliación. Tanto es así, que la propia legislación procesal chilena se encarga de precisar que, con excepción de los arbitrajes de equidad, el llamado de las partes a conciliación por parte del propio árbitro constituye un “trámite esencial en primera instancia” cuya omisión puede traer aparejada la nulidad del procedimiento arbitral o del mismo laudo arbitral. En virtud de ello, son muchos los arbitrajes nacionales que terminan por medio de una conciliación, en que el árbitro ha sido el encargado de proponer personalmente a las partes bases de arreglo, actuando con el carácter de amigable componedor. Si las gestiones de conciliación del árbitro no arriban a buen puerto entre las partes, el árbitro no queda inhabilitado en forma alguna para seguir conociendo y resolver el arbitraje en cuestión.

40. Vid. VÁSQUEZ PALMA, MARÍA FERNANDA, *ob. cit.*, p. 131: “Los árbitros del arbitraje internacional no pueden comprenderse dentro del marco señalado para el Derecho interno, son sencillamente entes privados que desarrollan la función de juzgar por regerirlo la voluntad de las partes [...]. Así, esta ley [la LACI] nace de manera completamente independiente, no incorporada a ninguno de los Códigos procesales, lo que ciertamente presenta un claro reconocimiento a la autonomía de la institución.

En el arbitraje internacional, por su parte, el arbitraje y la conciliación son instituciones autónomas y con vida propia. De hecho, la realización de gestiones de conciliación por el propio árbitro en el marco de un arbitraje en curso constituye una práctica extraña al arbitraje comercial internacional. Si Chile efectivamente busca y desea convertirse en una sede atractiva de arbitrajes comerciales internacionales que involucren a partes iberoamericanas, principalmente, es evidente que su legislación, doctrina y jurisprudencia deben adaptarse plenamente a lo que constituye la costumbre internacional en la materia. Como vimos, no cabe duda alguna que las partes pueden pactar –y dicho acuerdo será respetado– que el árbitro realice una audiencia de conciliación en el marco de un arbitraje comercial internacional con sede en Chile, sin que el eventual fracaso de esta gestión traiga aparejada consecuencia alguna para el árbitro. Por otro lado y como probablemente será la regla general, las partes pueden perfecta y válidamente excluir, ya sea expresa o tácitamente, que se realicen gestiones de conciliación en el marco de un arbitraje comercial internacional con sede en Chile, acuerdo que también debería ser respetado porque el llamado de las partes a conciliación no puede considerarse un *“trámite esencial en primera instancia”* aplicable en el marco de arbitrajes comerciales internacionales que se realicen en nuestro país.

La doctrina y la jurisprudencia nacionales aún no se han pronunciado sobre esta materia tratándose de arbitrajes comerciales internacionales con sede en Chile. Es de esperar –y todo pareciera indicar que así será, atendido los precedentes doctrinales y jurisprudenciales relativos a otros asuntos similares– que, llegado el momento oportuno, nuestros juristas se pronuncien correcta y sabiamente al respecto para así dar un fuerte impulso a Santiago de Chile como una sede factible de arbitrajes comerciales internacionales que involucren a partes iberoamericanas, sin imponerles requerimientos formales que son ajenos a la práctica habitual en materia de arbitraje comercial internacional en el mundo entero.

La Relevancia de la llamada "Nacionalidad de la Sentencia Arbitral" en la Convención de Nueva York

*Eduardo Zuleta-Jaramillo**

*Alberto Zuleta-Londoño***

SUMARIO

1. Introducción. 2. Laudos nacionales y extranjeros. 3. Laudos no-nacionales. 3.1. Laudos dictados en el territorio del Estado donde se busca su ejecución, pero bajo el derecho procesal de otro Estado. 3.2. Laudos proferidos en el territorio del Estado donde se busca su ejecución, bajo su ley de arbitraje y que resuelven una disputa que involucra un elemento internacional. 3.3. Laudos dictados en un país cuya ley permite a las partes renunciar a los recursos que ordinariamente procederían en su contra. 4. Laudos a-nacionales. 4.1. El concepto moderado de laudo a-nacional. 4.2. El concepto puro de laudo a-nacional. 4.3. La aplicación de la Convención de Nueva York a los laudos a-nacionales. 5. Conclusiones.

* Socio Gómez-Pinzón Zuleta Abogados, Arbitro internacional, Vicepresidente Comité Arbitraje IBA, Chair ITA Americas Initiative. Las opiniones expresadas en este escrito no constituyen opinión legal ni son necesariamente las de la firma Gómez-Pinzón Zuleta Abogados. Los autores agradecen la invaluable colaboración de Sebastián Mantilla en la elaboración de este escrito.

** Asociado, Gómez-Pinzón Zuleta Abogados.

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo del arbitraje internacional como mecanismo de resolución de disputas se debe en sobremanera a la Convención de Nueva York de 1958, instrumento que ha hecho posible el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales en ciento cuarenta y cuatro países¹. Sin embargo, cincuenta años después aún se presentan dudas sobre varios aspectos relativos al campo de aplicación del tratado en cuestión. En particular, el rol de la nacionalidad del laudo en la delimitación del alcance de la Convención ha dado lugar a imprecisiones y confusiones. De ahí la necesidad de reflexionar acerca de algunos conceptos, de cuya correcta comprensión depende el entendimiento preciso del papel que juega la nacionalidad del laudo en su reconocimiento y ejecución².

Este artículo parte de que la Convención cobija *sentencias arbitrales* o *laudos*, términos sinónimos que se utilizarán indistintamente³. En virtud del artículo I.2 de la Convención, dentro de la noción de sentencia o laudo arbitral estarían incluidas las decisiones de los *órganos arbitrales permanentes a los que las partes se hayan sometido*. Vale la pena resaltar que esta última disposición no permite extender el concepto de laudo a decisiones de mero trámite, ni hace referencia a las instituciones encargadas de la administración de un arbitraje (por ejemplo, la Corte de

1. Sobre el estado de ratificaciones de la Convención de Nueva York, véase: CNUDMI, *Situación actual de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*. Recuperado el 17 de junio de 2010, de: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html
2. Es preciso anotar en este punto que, si bien la nacionalidad propiamente dicha se predica de las personas, en el contexto del arbitraje internacional la expresión *nacionalidad del laudo* se utiliza recurrentemente para indicar el lugar donde ha sido proferido un laudo.
3. Nótese que la versión en inglés de la Convención utiliza la expresión *arbitral awards*, que bien puede traducirse como *laudos arbitrales*. Ya se ha tenido la oportunidad de analizar el concepto de *laudo* en el marco de la Convención de Nueva York, estudio del que se desprende la conclusión enunciada en el texto principal. Véase: ZULETA, Eduardo, "¿Qué es una sentencia o laudo arbitral? El laudo parcial, el laudo final y el laudo interino". En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.), *El arbitraje comercial internacional - Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Abelardo Perrot, 2008, pp. 59-68; ZULETA, Eduardo, "Post-Award Advocacy: The Relationship Between Interim and Final Awards; Res Judicata Concerns", 2010. [Documento de ICCA en prensa].

Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional o la *London Court of International Arbitration*), como lo ha sostenido algún sector de la doctrina colombiana; por el contrario, se refiere a los laudos proferidos por cuerpos arbitrales permanentes establecidos conforme a la ley de un Estado contratante⁴.

Hechas estas consideraciones, presentamos ahora el problema que se abordará en el presente escrito. El artículo I.1. de la Convención dispone:

“...[l]a presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquel en el que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tenga su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. Se aplicará también a las sentencias que no sean consideradas como nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución...”⁵.

Esta norma parece situar a la nacionalidad del laudo, no de las partes⁶, como el criterio central para determinar el campo de

4. En particular, en un artículo publicado recientemente, FELIPE CUBEROS afirmó: “...[s]i se tiene en cuenta que esos “órganos arbitrales permanentes” suelen ser más unos administradores de procedimientos que unos falladores investidos de jurisdicción para definir el fondo del asunto, es claro que, al menos en su finalidad, lo que seguramente quisieron los redactores de la Convención de Nueva York fue dejar establecida su aplicabilidad también para decisiones de mero trámite y no solamente para el pronunciamiento definitivo dirimente de la controversia...”. CUBEROS, Felipe. “Concepto y nacionalidad del laudo”. En: *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Cevallos – Editora Jurídica, 2009, p. 65. Respetuosamente nos apartamos de la posición anterior y sostenemos la expresada en el texto principal. En soporte de nuestra opinión, ponemos a consideración del lector el Reporte del Comité de ECOSOC para la Ejecución de Laudos Arbitrales Internacionales, fechado el 28 de marzo de 1955, que dice: “...la expresión “laudos arbitrales” fue entendida por el Comité como inclusiva de los laudos hechos por cuerpos arbitrales designados para cada caso (seleccionados por las partes o por una organización), así como laudos hechos por cuerpos arbitrales permanentes establecidos de acuerdo con la ley de un Estado contratante...”. Traducción libre. Subraya fuera del texto original. ECOSOC. *Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards*. E/AC.42/4/Rev.1, 28 de marzo de 1955, §25. Sobre la imposibilidad de extender el concepto de laudo a decisiones de mero trámite, véase: ZULETA, Eduardo. “¿Qué es una sentencia o laudo arbitral? El laudo parcial, el laudo final y el laudo interino”. En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.). *El arbitraje comercial internacional – Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Abelada Perrot, 2008, pp. 50-68; ZULETA, Eduardo. “Post-Award Advocacy: The Relationship Between Interim and Final Awards; Res Judicata Concerns”. 2010. [Documento de ICCA en prensa].
5. Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. 1958, artículo I.1.

aplicación de la Convención, e introducir simultáneamente la hipótesis de los laudos que no se consideran domésticos, a los que se llamará en adelante *no-nacionales*. Por otra parte, en vista de la importancia que adquiere la nacionalidad, surge la duda de si pueden existir laudos carentes de nacionalidad y, en tal caso, si la Convención sería aplicable a ellos. Se torna entonces esencial precisar los conceptos de: (i) laudo nacional y laudo extranjero; (ii) laudo no-nacional; y (iii) laudo a-nacional.

2. LAUDOS NACIONALES Y EXTRANJEROS

Todo concepto puede definirse como lo opuesto a su contrario. De ahí que, así como la derecha es el inverso de la izquierda y viceversa, *extranjero* es lo opuesto a *nacional* y *nacional* es lo contrario a *extranjero*. El problema está en que, así como la izquierda de una persona es la derecha de quien se sitúa frente a ella, lo que es nacional para un país, es extranjero para otro. Más precisamente, cualquier laudo arbitral será, en principio⁷, nacional para un Estado y extranjero para los demás⁸. El meollo del asunto está en qué criterio debe seguirse para calificar a un laudo como nacional o extranjero, para un Estado en particular.

Desde su propio título, la Convención de Nueva York parte de una distinción entre los conceptos de *laudo nacional* y *laudo extranjero*, y en el artículo transcrito en la introducción (I.1) expresa que el territorio tiene una función definitiva en la precisión de ambas categorías. En ese sentido, la doctrina ha recono-

6. En efecto, hoy en día es claro que la nacionalidad de las partes no es relevante para determinar si la Convención de Nueva York es aplicable. Véase: CORTE DE APELACIONES DE ROUEN. *Société Européenne d'Envelopes et d'Emballages v. República de Yugoslavia*. Sentencia del 13 de noviembre de 1984.

7. La expresión *en principio* utilizada en el texto principal, busca advertir que existen laudos que no son nacionales ni extranjeros, como se explicará más adelante.

8. En ese sentido, GARY BORN explica: "...[e]l artículo I(1) dispone claramente que un laudo "extranjero" es un laudo hecho en el Estado A, que se busca reconocer y ejecutar en el Estado B: en estas circunstancias, el laudo es "extranjero" en el Estado B. De manera importante, el carácter de un laudo como "extranjero" varía dependiendo el Estado donde se presente la cuestión: en el ejemplo, el laudo es "extranjero" en el Estado B, pero no es "extranjero" en el Estado A...". BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer, 2009, p. 2367.

cido que la noción de *laudo* no puede presentarse de manera aislada a la de *territorio*; de hecho, "...[e]l laudo arbitral resultante de un arbitraje internacional es, a fin de cuentas, una realidad localizable y localizada. La adopción explícita de un principio de territorialidad en la Convención de Nueva York es innegable..."⁹.

El tenor literal del artículo I.1 de la Convención indica que el criterio diferenciador entre laudo nacional y extranjero, en concreto, es el lugar donde se dictó el laudo; así, este último será nacional en el Estado donde fue dictado y extranjero en el resto del globo¹⁰. Estas consideraciones conducen a un nuevo interrogante: ¿dónde se reputa *dictado* un laudo? Piénsese, por ejemplo, en un arbitraje cuya sede es Bogotá, las audiencias tienen lugar en Londres, cada árbitro redacta una parte del laudo en un país distinto (donde reside) y la versión final del laudo se consolida en los Estados Unidos, siendo enviada por correo electrónico a las partes.

En ese escenario, ¿dónde se dictó el laudo? ¿Cuál es la nacionalidad del laudo? Algunas legislaciones nacionales¹¹, la juris-

9. SILVA-ROMERO, Eduardo. "Laudo extranjero y criterio de territorialidad". En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.). *El arbitraje comercial internacional - Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Abeledo Perrot, 2008, p. 89.
10. En ese sentido, se ha anotado que "...[la Convención] aplica a todos los laudos "extranjeros", es decir, a todos los laudos dictados en un país distinto de aquel donde se busca la ejecución...". GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, p. 966. Por su parte, MANTILLA-SERRANO afirma que "...tal y como lo contempla su artículo I, la Convención asume un criterio eminentemente territorialista... En otras palabras, la Convención parte de la base de que un Estado considerará como extranjero todo laudo dictado fuera de su territorio...". MANTILLA-SERRANO, Fernando. "Laudo no nacional. La segunda hipótesis del artículo I.1". En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.). *El arbitraje comercial internacional - Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Abeledo Perrot, 2008, pp. 100-101.
11. Por ejemplo, el Acto de Arbitraje del Reino Unido dispone: "...[s]alvo acuerdo en contrario de las partes, cuando la sede del arbitraje está en Inglaterra y Gales e Irlanda del Norte, cualquier laudo en los procedimientos deberá ser tratado como dictado allí, independientemente de dónde fue firmado, despachado o entregado a cualquiera de las partes...". Traducción libre. Acto de Arbitraje del Reino Unido, 1996, §53. De manera similar, la Ley Modelo de la CNUDMI dice en su artículo 30: "...[c]onstarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el párrafo 1) del artículo 20. El laudo se considerará dictado en ese lugar...". Por su parte, el artículo 20.1 de dicho cuerpo normativo reza: "...[l]as partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes...". CNUDMI. *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*. 1985, artículos 30 & 20.1.

prudencia¹² y la doctrina¹³ mayoritaria coinciden que el laudo se reputa proferido en la sede (o lugar) del arbitraje, entendida ésta, no como el lugar físico donde se desarrolló el procedimiento, sino como el eje central de "...un vínculo jurídico de orden inmaterial entre un laudo arbitral y el derecho de un Estado..."¹⁴. En este punto es prudente advertir que esta concepción no ha estado exenta de controversia¹⁵. Sin embargo, el criterio mayoritario ha

12. Por ejemplo, en sentencia del 24 de marzo de 1997, el *Bundesgerichtshof* (Alemania) afirmó: "...[l]a designación de cierto lugar del arbitraje tiene, entre otras, el significado de que el laudo arbitral ha sido dictado en ese lugar. Si realmente alguna negociación tuvo lugar en ese lugar o si el laudo arbitral fue realmente proferido ahí, no es relevante...". Traducción libre. BUNDESGERICHTSHOF. Sentencia del 24 de marzo de 1997. En: *ASA Bulletin*, No. 316, p. 330. Otro ejemplo es la sentencia del 21 de febrero de 1980, proferida por la Corte de Apelaciones de París, donde dicha corporación habló de la "...presunción de que el laudo fue dictado en el país de la sede del arbitraje...". Traducción libre. CORTE DE APELACIONES DE PARÍS. *Dubois et Vandervealle v. Boots Frites BF*. Sentencia del 22 de septiembre de 1995. En: *Revue de l'Arbitrage*, 1996, p. 101. Similarmente, la Corte de Apelaciones de Milán afirmó "...[e]l lugar del arbitraje, para determinar si un laudo es o no extranjero, es el acordado por las partes...". Traducción libre. CORTE DI APPELLO DI MILANO. Sentencia del 24 de marzo de 1998. En: *XIV Yearbook of International Commercial Arbitration*, p. 739.
13. En ese sentido, LEW, MISTELIS y KRÖLL dicen: "...el lugar del arbitraje determina la nacionalidad del laudo, que es relevante para la ejecución final del laudo...". Traducción libre. LEW, Julien; MISTELIS, Loukas y KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003, p. 172; por su parte, Gary Born afirma: "...[l]a cuestión interpretativa más importante que surge de la definición anterior [del artículo 1.1 de la Convención de Nueva York] de un "laudo extranjero" es la determinación de dónde se "dicta" un laudo. La respuesta obvia debería ser que un laudo es dictado en el lugar del arbitraje, sea [éste] especificado en el pacto arbitral, o subsiguientemente, por el tribunal o institución arbitral...". BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer, 2009, p. 2368.
14. SILVA-ROMERO, Eduardo. "Laudo extranjero y criterio de territorialidad". En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.). *El arbitraje comercial internacional—Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Abeledo Perrot, 2008, p. 96. De manera similar, otros autores han dicho que "...[l]a sede del arbitraje debe distinguirse del lugar donde las audiencias tienen lugar...". Traducción libre. LEW, Julien; MISTELIS, Loukas y KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003, p. 173. Henri Álvarez confirma esta tesis cuando afirma "...[u]na de las decisiones más importantes que deben tomar las partes en un arbitraje internacional es el lugar donde éste se va a llevar a cabo. Se trata de la escogencia de la sede legal o jurídica que determina el régimen normativo básico aplicable al trámite arbitral...". ÁLVAREZ, Henri. "La escogencia del lugar del arbitraje". En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Editorial Legis, diciembre de 2005, p. 13.
15. Sobre este punto, es particularmente conocida la decisión de la Cámara de los Lores británica en *Hiscox v. Outhwaite*, donde se determinó que, aunque la sede pactada contractualmente estaba en Inglaterra, las audiencias habían tenido lugar en Londres y la legislación inglesa rigió el proceso, "...el laudo, habiendo sido firmado y fechado en París por el árbitro, fue 'dictado' en Francia...". Traducción libre. HOUSE OF LORDS. *Hiscox v. Outhwaite*. 2 W.L.R. 1991. Esta tesis ya no encuentra asidero en el ordenamiento jurídico británico, ya que contraria la 553 del Acto de Arbitraje de 1996, citada en la nota 11. Otro ejemplo aparece en las decisiones de otras cortes, que han considerado un laudo como dictado en el lugar donde fueron realizadas las audiencias. Véase: U.S. COURT OF APPEALS FOR THE ELEVENTH CIRCUIT. *McGregor & Werner, Inc. v. Motion Picture Laboratory Technicians Local*. 806 F.2d 1003. Sentencia del 22 de diciembre de 1986; U.S. COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. *Central Valley Typographical Union No. 46 v. McClatchy Newspapers*. 762 F.2d 741. Sentencia del 23 de mayo de 1985.

sido adoptado de manera expresa por ciertas legislaciones nacionales; por ejemplo, la ley colombiana es clara al establecer que "...[e]s extranjero todo laudo arbitral que se profiera por un Tribunal cuya sede se encuentra fuera del territorio nacional..."¹⁶.

En fin, de acuerdo con lo expresado hasta el momento y sin considerar aún el caso de los laudos no-nacionales, puede concluirse que un laudo es *nacional* para el Estado donde está localizada la sede del arbitraje y extranjero en cualquier otro país¹⁷.

3. LAUDOS NO-NACIONALES

El lector acucioso habrá notado que el artículo I.1 de la Convención indica que ésta "...[s]e aplicará también a las sentencias que no sean consideradas como nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución..."¹⁸. Más allá de si esta norma se distancia del criterio territorialista¹⁹, lo cierto es que a través de ella los redactores de la Convención introdujeron una nueva categoría: los *laudos no-nacionales*²⁰.

16. Ley 315/96, 16 de septiembre de 1996, artículo 3.

17. GARY BORN llega a esta misma conclusión y afirma: "...la mejor lectura de la Convención de Nueva York es [interpretar] que ella contiene una definición internacional de dónde es "dictado" un laudo, que [a su vez] prohibiría a los Estados contratantes adoptar definiciones alternativas (y así, afectar el alcance de los laudos arbitrales sujetos a la Convención). Esto es, la Convención debe ser interpretada como contemplando estándares internacionales uniformes definiendo donde se "dicta un laudo" (a saber, en la sede contractual del arbitraje)...". BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer, 2009, p. 2374.

18. Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, 1958, artículo I.1.

19. En relación con lo dicho, SILVA-ROMERO ha afirmado que "...[e]sta norma comprende un territorialismo implícito. En efecto, aunque el laudo haya sido pronunciado en un territorio, dicho laudo -al no ser calificado de "nacional" o "extranjero" por el derecho del Estado sede del arbitraje- debe ser incorporado al derecho de dicho Estado a través del proceso (execuatur) de reconocimiento y ejecución previsto en la Convención para laudos extranjeros...". SILVA-ROMERO, Eduardo. "Laudo extranjero y criterio de territorialidad". En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.). *El arbitraje comercial internacional - Estudios de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Abeledo Perrot, 2008, p. 99.

20. Sobre este punto, MANTILLA-SERRANO nota: "...[e]l texto de la Convención no aporta mayor información ni, menos aún, intenta definir lo que podría ser considerado como un laudo "no nacional"... Este nuevo párrafo introduce así una nueva categoría de laudos "no nacionales", que quedan sometidos a la Convención...". MANTILLA-SERRANO, Fernando. "Laudo no nacional. La segunda hipótesis del artículo I.1". En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.). *El arbitraje*

Antes de entrar a estudiar el concepto de laudo no-nacional, es preciso resaltar que no se trata de un asunto de interés meramente académico y falto de consecuencias prácticas. Muy por el contrario, la calificación de un laudo como *no-nacional* implica, en principio²¹, que estará sometido a reconocimiento y ejecución bajo la Convención aunque no haya sido dictado en una sede diferente a la del juez de reconocimiento y ejecución, y que sólo se podrá denegar su reconocimiento y ejecución en el lugar donde fue proferido, si se verifica alguna de las causales consagradas por el artículo V de la Convención²².

Algunas cortes nacionales han notado que la Convención no define el laudo no-nacional, concluyendo que "...la definición parece haberse dejado por fuera deliberadamente, para cubrir la variedad más amplia posible de laudos, permitiendo simultáneamente a la autoridad de ejecución proveer su propia definición de "no-doméstico", de conformidad con su propio derecho nacional..."²³. Así pues, un laudo puede ser no-nacional, pero lo es respecto de un determi-

comercial internacional - Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario. Abeledo Perrot, 2008, p. 101.

21. La expresión *en principio* fue incluido en consideración a la posición adoptada por algunas cortes norteamericanas, que han atribuido a la calificación de un laudo como no-nacional bajo la Ley Federal de Arbitraje consecuencias equivalentes a las que tendría su clasificación como nacional. De hecho, en *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons "R" US*, tras confirmar la posición adoptada en *Bergesen*, la Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito de los Estados Unidos aseveró: "...[]ecemos el artículo V(1)(c) de la Convención [de modo que] permite a una corte del país bajo cuya ley se condujo aplicar derecho doméstico, en este caso la Ley Federal de Arbitraje, a una moción para anular el laudo... dado que la Convención permite a la Corte de Distrito rehusarse a ejecutar un laudo que ha sido anulado por la autoridad competente en el país donde fue dictado, la Corte puede aplicar los estándares de la Ley Federal de Arbitraje a una moción para anular un laudo no-doméstico dictado en los Estados Unidos...". Traducción libre. Subraya fuera de texto original. U.S. COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT. *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons v Toys "R" US Inc.* 236 F4d 15. Sentencia del 10 de septiembre de 1997. En el mismo sentido, véase: U.S. DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. *Spector v. Torenberg*. 852 F.Supp. 201. 1994. Con razón ha concluido la doctrina que habría sido más fácil llegar al mismo resultado, ilstando a esos laudos nacionales (o domésticos). En ese orden de ideas, BORN anota: "...[]u posición adoptada por las cortes estadounidenses se fundamenta en un razonamiento complicado, que podría haber sido alcanzado de manera mucho más simple mediante la clasificación de los laudos en cuestión como "domésticos", y en consecuencia totalmente sujetos a las acciones de anulación, en vez de [considerarlos] como "no-domésticos"...". BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer, 2009, p. 2383.
22. BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer, 2009, p. 2382.
23. U.S. COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT. *Bergesen v. Joseph Muller Corp.* 710 F.2d 929. Sentencia del 17 de junio de 1983.

nado ordenamiento jurídico y según un estándar nacional. Así, *no-nacional* sería una categoría diferente de *extranjero*, que también se opondría a la calificación de un laudo como *nacional*.

La pregunta sería entonces qué laudos pueden considerarse como no-nacionales. El asunto ha sido abordado mediante distintas aproximaciones: (i) un laudo dictado en el territorio del Estado donde se busca el reconocimiento y ejecución, pero bajo el derecho procesal de otro Estado; (ii) un laudo proferido en el territorio del Estado donde se busca el reconocimiento y ejecución, bajo la ley de arbitraje de ese mismo Estado y que resuelve una disputa que involucra un elemento internacional; y (iii) laudos dictados en un país cuya ley permite a las partes renunciar a los recursos que ordinariamente procederían en su contra.

3.1 Laudos dictados en el territorio del Estado donde se busca el reconocimiento y ejecución, pero bajo el derecho procesal de otro Estado

Este tipo de laudo fue, en concreto, el que consideraron los redactores de la Convención de Nueva York. En efecto, la segunda parte del artículo I.1 de la Convención tuvo su origen en la crítica manifestada por Alemania Occidental, Francia y otros países de tradición jurídica continental, respecto del criterio que hoy aparece en la primera parte del artículo I.1: dichos Estados consideraban que la nacionalidad de las partes, el asunto de la disputa y las reglas procesales a aplicar, eran factores determinantes para definir si un laudo era extranjero.

En particular, el delegado alemán a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional planteó que, si dos alemanes arbitraban una disputa en Londres, sujetando el proceso al derecho alemán, el laudo resultante no sería extranjero en Alemania; debía considerarse doméstico²⁴. La

legislación francesa vigente en aquella época era similar. Siguiendo estos criterios, los delegados de Austria, Bélgica, Alemania Occidental, Francia, Italia, los Países Bajos, Suecia y Suiza, propusieron el siguiente texto para el primer artículo del instrumento: "...[e]sta Convención aplicará al reconocimiento y ejecución de laudos distintos de aquellos considerados domésticos en el país donde fueron dictados..."²⁵.

La propuesta fue fuertemente criticada, entre otros, por el delegado colombiano, EDUARDO ZULETA ÁNGEL, quien resaltó su vaguedad y enfatizó en la necesidad de adoptar un criterio absolutamente claro, que no diera lugar a interpretaciones divergentes. Tal estándar, para él, sería el criterio territorial²⁶. Finalmente, se llegó al acuerdo de incluir ambos criterios, sin definir lo que se quería decir por laudo no-nacional, decisión que se expresa en el artículo I.1 de la versión final de la Convención²⁷. La lógica detrás de este acuerdo fue expuesta por una corte norteamericana con las siguientes palabras:

"...[o]mitir la definición hizo más fácil para los Estados que defendían el concepto territorial ratificar la Convención, mientras, al mismo tiempo, hacían la Convención más aceptable para aquellos Estados que consideraban que la naciona-

24. Véase: ECOSOC, *Summary Record of the United Nations Conference on International Commercial Arbitration on the Fourth Meeting*, E/CONF.26/SR.4, 12 de septiembre de 1958, pp. 4-5.

25. Traducción libre. ECOSOC, *Austria, Belgium, Federal Republic of Germany, France, Italy, Netherlands, Sweden, Switzerland: Amendment to Article I*, E/CONF.26/L.6, 22 de mayo de 1958.

26. Véase: ECOSOC, *Summary Record of the Sixth Meeting of the United Nations Conference on International Commercial Arbitration*, E/CONF.26/SR.6, 12 de septiembre de 1958, pp. 9-10.

27. Sobre este acuerdo, véase: ECOSOC, *Report of the Working Party No. 1 on Article I, Paragraph 1 and Article II of the Draft Convention (E/2704 and Corr.1)*, E/CONF.26/L.42, 2 de junio de 1958, §5. Para una descripción más detallada del origen de esta disposición, véase: BORN, Gary, *International Commercial Arbitration*, Wolters Kluwer, 2009, pp. 2377-2379; MANTILLA-SERRANO, Fernando, "Laudos no nacionales. La segunda hipótesis del artículo I.1". En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.), *El arbitraje comercial internacional - Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario*, Abelardo Perrot, 2008, pp. 102-104. U.S. COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT, *Bergesca v. Joseph Muller Corp.*, 710 F.2d 929. Sentencia del 17 de junio de 1983.

lidad del laudo debía determinarse por el derecho aplicable al procedimiento arbitral..."²⁸.

Este escenario, relevante en su momento, no parece muy importante hoy en día; tanto Francia como Alemania reformaron su legislación arbitral. Más aún, por una parte, la práctica muestra que es improbable que las partes acuerden arbitrar en un país, pero aplicando la ley de arbitraje de otro; y por la otra, una ley de arbitraje flexible, permitirá a las partes referirse a las normas procesales de otro ordenamiento jurídico, sin afectar la competencia de los jueces locales ni la naturaleza del arbitraje²⁹.

3.2 Laudos proferidos en el territorio del Estado donde se busca el reconocimiento y ejecución, bajo la ley de arbitraje de ese mismo Estado y que resuelven una disputa que involucra un elemento internacional

Este criterio ha encontrado asidero en la jurisprudencia norteamericana. En ese contexto, es particularmente conocido el caso *Bergesen v. Joseph Muller Corp.*, en el que la Corte de Apelaciones para el Segundo Circuito de los Estados Unidos, tras concluir que la Convención dejó a la discreción de cada Estado la definición de *laudo no-nacional*, afirmó:

28. Traducción libre. U.S. COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT. *Bergesen v. Joseph Muller Corp.*, 710 F.2d 929. Sentencia del 17 de junio de 1983.

29. Como lo ha expresado MANTILLA-SERRANO, "...tanto Francia como Alemania, bajo sus antiguas leyes arbitrales, permitían esta posibilidad. Desde entonces, ambos países han modificado su legislación arbitral, lo cual, en lo que los concierne, ha eliminado prácticamente la relevancia de la [por él denominada] "segunda hipótesis" del artículo 1(1). La práctica arbitral ha demostrado que es extremadamente raro (por no decir improbable) que las partes acuerden arbitrar en un país pero aplicando la legislación arbitral de otro. Es más, si la ley de arbitraje del lugar del arbitraje es suficientemente flexible, permitirá a las partes aun referirse a disposiciones de orden procesal de otro ordenamiento jurídico, sin que por esa razón la naturaleza del arbitraje ni la competencia de los jueces locales se vean afectadas...". MANTILLA-SERRANO, Ferrnando. "Laudo no nacional. La segunda hipótesis del artículo 1.1". En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds). *El arbitraje comercial internacional -Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Abeledo Perrot, 2008, p. 105.

"...[a]doptamos la perspectiva de que [el término] laudos "no considerados domésticos" denota laudos que se encuentran sujetos a la Convención, no por haber sido dictados en el extranjero, sino por haber sido proferidos de acuerdo con un marco jurídico extranjero, o involucrando partes domiciliadas o cuyo lugar principal de negocios [se encuentra] fuera de la jurisdicción de ejecución. Preferimos esta interpretación amplia porque es más acorde con el propósito perseguido por el tratado, que fue celebrado para promover el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales internacionales..."³⁰.

Si bien escritos recientes sostienen que la sentencia referenciada arriba no es inconsistente con el propósito de la Convención, ya que sólo expande su campo de aplicación³¹, no puede pasarse por alto que la decisión no ha estado exenta de críticas. En ese sentido, VAN DEN BERG afirmó en 1986 que la interpretación expansiva de la Convención realizada en *Bergesen* generaba los siguientes problemas: (i) los requisitos de forma (del laudo) que impone la Convención son más estrictos que los previstos por la Ley Federal de Arbitraje y la mayoría de legislaciones estatales estadounidenses; (ii) es más simple la ejecución del laudo dictado en los Estados Unidos bajo las normas federales y estatales aplicables, que bajo la Convención de Nueva York; y (iii) la interpretación expansiva puede acabar obstaculizando la ejecución en el exterior de laudos arbitrales proferidos en los Estados Unidos respecto de disputas con un elemento extranjero³². Otros autores consideraron que el fallo era positivo, pero expresaron algunas reservas³³.

30. Traducción libre. U.S. COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT. *Bergesen v. Joseph Muller Corp.* 710 F.2d 929. Sentencia del 17 de junio de 1983.

31. Por ejemplo, MANTILLA-SERRANO dice: "...[e]l criterio "Bergesen", que en un principio fue criticado, ha sido analizado más recientemente, bajo una óptica más optimista, como una manifestación del principio de interpretación expansiva y favorable que debe hacerse de la Convención...". MANTILLA-SERRANO, Fernando. "Laudo no nacional. La segunda hipótesis del artículo 1.1". En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.). *El arbitraje comercial internacional - Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Abeledo Perrot, 2008, p. 106.

32. En palabras de VAN DEN BERG, "...[l]a Corte de Apelaciones en *Bergesen v. Muller* expandió la interpretación de convencional de laudos no domésticos a cualquier laudo arbitral entre dos entidades extranjeras dictado en los Estados Unidos, independientemente de si está regulado por la legislación arbitral federal o estatal. Esto significa que la ejecución de dicho laudo se rige por la

3.3 Laudos dictados en un país cuya ley permite a las partes renunciar a los recursos que ordinariamente procederían en su contra

Algunos ordenamientos jurídicos, como el suizo, el sueco y el peruano, permiten a las partes renunciar al recurso de anulación para laudos arbitrajes dictados en su territorio, cuando se cumplen ciertos requisitos; lo anterior supone a su vez que: (i) el laudo, en sus efectos, no será tratado como nacional; y (ii) la Convención de Nueva York le será aplicable.

En efecto, el Código Federal Suizo de Derecho Internacional Privado autoriza a los contratantes renunciar al recurso de nulidad, cuando ninguno de ellos tenga su domicilio, residencia habitual o un establecimiento en Suiza; la norma dispone adicionalmente: "...si las partes han excluido cualquier recurso en contra del laudo, y [el laudo] debe ser ejecutado en Suiza, la Convención de Nueva York del 10 de junio de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, deberá ser aplicada por analogía..."³⁴.

*Convención de Nueva York antes que por el Capítulo Primero de la Ley Federal de Arbitraje o la ley estatal. La interpretación expansiva aparentemente favorece el arbitraje en los Estados Unidos... Esta interpretación, sin embargo, supone una serie de problemas. La Convención impone requisitos sobre la forma escrita del pacto arbitral más exigentes [de aquellos impuestos por] la legislación federal estadounidense y la mayoría de leyes estatales. Bajo la Ley Federal norteamericana y la mayoría de legislaciones estatales, la ejecución de un laudo arbitral es relativamente simple. En contraste, bajo la Convención, la ejecución de un laudo puede rehusarse por varias razones. Adicionalmente, la interpretación expansiva puede causar problemas para la ejecución en el extranjero de laudos arbitrales con un elemento extranjero, dictados en los Estados Unidos. El marco legal del arbitraje internacional es complicado. La interpretación expansiva no ha contribuido a su simplificación...". Traducción libre. VAN DEN BERG, Albert Jan. "Non-domestic arbitral awards under the 1958 New York Convention". En: *Arbitration International*, Vol. 2, No. 1, 1986, pp. 64-65.*

33. En ese sentido, un sector de la doctrina francesa ha sostenido que, "...[a]unque el espíritu general de esta decisión fue bienvenido unánimemente, dos reservas deberían hacerse a su contenido: primero, no es de manera alguna cierto que el hecho de que ambas partes sean extranjeras baste para considerar esos laudos como "no-nacionales"; segundo, un laudo puede ser extranjero respecto del país donde fue hecho, sin estar necesariamente regido por otro derecho nacional...". GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, p. 128. El segundo de los puntos de reserva mencionados arriba, serán analizados más adelante, al tratar los laudos a-nacionales.

34. Traducción libre. Código Federal Suizo sobre Derecho Internacional Privado, artículo 192.

De otro lado, en Perú, el Decreto Legislativo 1071 del 27 de junio de 2008 dispone en su artículo 63, numeral 8:

"...[c]uando ninguna de las partes en el arbitraje sea de nacionalidad peruana o tenga su domicilio, residencia habitual o lugar de actividades principales en territorio peruano, se podrá acordar expresamente la renuncia al recurso de anulación o la limitación de dicho recurso a una o más causales establecidas en este artículo. Si las partes han hecho renuncia al recurso de anulación y el laudo se pretende ejecutar en territorio peruano, será de aplicación lo previsto en el título VIII [que, conforme al artículo 74 del decreto, remite a la Convención de Nueva York]..."³⁵.

Finalmente, el artículo 51 de la Ley de Arbitraje sueca de 1999 establece que

"...donde ninguna de las partes tiene su lugar de negocios en Suecia, tales partes pueden, en una relación comercial [y] a través de un acuerdo escrito expreso, excluir o limitar las causales para anular un laudo... Un laudo que se encuentra sujeto a tal acuerdo, deberá ser reconocido y ejecutado en Suecia de conformidad con las reglas aplicables a un laudo extranjero [esto es, la Convención de Nueva York]..."³⁶.

En estos tres casos, la legislación arbitral vigente permite sustraer un laudo de los recursos que ordinariamente pueden interponerse en su contra en la sede del arbitraje, disponiendo subsiguientemente que su reconocimiento y ejecución en dicho lugar se regirán por la Convención de Nueva York.

4. LAUDOS A-NACIONALES

En esta clasificación se han incluido aquellos laudos que no son considerados domésticos por ningún Estado, que algunos

35. Decreto Legislativo No. 1071. 27 de junio de 2008, artículo 63.8.

36. Traducción libre. Ley Sueca de Arbitraje. 4 de marzo de 1999, artículo 51.

autores llaman *no-nacionales*³⁷ y aquí denominaremos *a-nacionales*, para diferenciarlos de los analizados en el aparte 3 de este escrito. Algún sector de la doctrina colombiana ha identificado estas providencias con aquellas que resultan de arbitrajes en que las partes provienen de países distintos, pactan arbitrar bajo el reglamento de arbitraje internacional de alguna institución y eligen una sede neutral³⁸. Esta posición no resulta convincente: el escenario descrito corresponde simplemente a un arbitraje *internacional*, que da lugar a un laudo que será, en principio, doméstico en el país de la sede y extranjero en el resto del mundo.

Sobre este punto, VAN DEN BERG ha dicho con razón: "...[u]n arbitraje desnacionalizado debe distinguirse de un arbitraje que es internacionalizado dentro de los límites de una ley nacional de arbitraje..."³⁹. En cualquier caso, el que el arbitraje sea *internacional* en nada influye en la aplicación de la Convención; de hecho,

37. Por ejemplo, VAN DEN BERG utiliza el término *no-nacional* para los laudos que aquí han sido denominados *a-nacionales*. En efecto, el autor afirma: "...[d]esde los albores de la década de los cincuenta ha habido una tendencia, en especial en el pensamiento legal francés, alemán y suizo, de admitir un cuarto tipo de laudo, resultado de arbitrajes "desnacionalizados", los llamados laudos "no nacionales"...". VAN DEN BERG, Albert Jan, "La aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 a laudos no nacionales", TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.), *El arbitraje comercial internacional - Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Abeledo Perrot, 2008, p. 110.
38. FELIPE CUBEROS ha afirmado que "...[e]l otro punto importante es el de los laudos "sin nacionalidad". A pesar de lo extravagante que a primera vista pueda aparecer la existencia de laudos sin vínculos de conexión con un Estado particular, lo cierto es que en el escenario internacional sería perfectamente viable la existencia de un laudo a-nacional, dado que la nacionalidad no es un atributo propio, ni mucho menos necesario, de los laudos arbitrales. De ninguna manera resulta contrario a la complejidad propia de los negocios internacionales el hecho de que, eventualmente, existan partes con nacionalidades y domicilios diferentes, vinculadas por un negocio con desarrollos en diversos países, que para escoger un ámbito neutral para la solución de sus conflictos acuerden fijar como sede del arbitramento a otro país, bajo reglas definidas bajo un reglamento internacional como el de la CCI, la CIAC, la "American Arbitrators Association", la "London Court of International Arbitration" o alguno similar. En una situación como ésta, lo que sí resultaría con toda lógica sería encasillar a ese laudo bajo un criterio de nacionalidad, puesto que precisamente es claro que lo que las partes quisieron fue desterrar de su relación este elemento, evitando así crear nexos entre su situación de conflicto y un estado en particular...". CUBEROS, Felipe. "Concepto y nacionalidad del laudo". En: *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Cevallos Editora Jurídica, 2009, pp. 71-72.
39. Traducción libre. VAN DEN BERG, Albert Jan. "When is an Arbitral Award Non-Domestic Under the New York Convention of 1958?". En: *Pace Law Review*, Vol. 6, 1985-1986, p. 62. En la misma página, el autor agrega: "...[d]icha internacionalización puede lograrse refiriendo a reglamentos de arbitraje, como el reglamento de la CCI o el reglamento de arbitraje de la CNUDMI. Los límites impuestos por la ley nacional de arbitraje sin aquellas disposiciones que son imperativas. Es entonces importante en arbitrajes internacionales designar un lugar del arbitraje en un país que tenga una ley de arbitraje liberal...". Traducción libre.

"...como la Convención no hace referencia a la naturaleza doméstica o internacional del arbitraje, poco interesa si el laudo fue dictado en un arbitraje de tipo doméstico o internacional..."⁴⁰.

Hecha esta precisión, es necesario hacer una aproximación a la noción de laudo *a-nacional*. Según VAN DEN BERG, el concepto parece tener dos formas: (i) una moderada, donde no se niega que una legislación nacional sea aplicable, pero se reduce o elimina en su totalidad la intervención de las cortes de la sede arbitral; y (ii) una pura, que se refiere a laudos resultantes de un arbitraje que, siendo internacional, es además independiente de cualquier ley de arbitraje nacional: este es el llamado laudo supranacional, transnacional, sin estado, expatriado o flotante⁴¹.

4.1 El concepto moderado de laudo a-nacional:

Esta visión del concepto de laudo a-nacional, fue expuesta por uno de sus defensores, JAN PAULSSON, con las siguientes palabras:

"...la pregunta no es tanto si un laudo puede flotar –esto parece estar fuera de discusión– sino si puede también ir a la deriva, es decir, disfrutar un potencial para el reconocimiento en una o más jurisdicciones de ejecución sin quedar final-

40. MANTILLA-SERRANO, Fernando, "Laudo no nacional. La segunda hipótesis del artículo 1.1". En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.), *El arbitraje comercial internacional –Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Abeledo Perrot, 2008, p. 101. En el mismo sentido, la doctrina francesa ha dicho que "...[l]a aplicación de la Convención de Nueva York no se restringe al arbitraje internacional. El texto no contiene requisito de internacionalidad alguno... Para que la Convención aplique en un Estado contratante, todo lo que se necesita, en principio, es que el laudo en cuestión sea dictado en otro país. El laudo puede haber sido dictado en [el marco de] una disputa puramente doméstica, tras un arbitraje en el que todos los elementos estaban conectados a ese país. El arbitraje sería entonces nacional, pero el laudo se vuelve extranjero cuando se busca fuera del país donde fue dictado...". Traducción libre. GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John (Eds.), *Fonctionnel Gaillard-Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, p. 126.

41. Véase: VAN DEN BERG, Albert Jan, "La aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 a laudos no nacionales", TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.), *El arbitraje comercial internacional –Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Abeledo Perrot, 2008, p. 111.

mente anclado en el ordenamiento jurídico nacional del país donde fue proferido..."⁴².

Si bien esta tesis no ha estado libre de controversia⁴³, es pertinente analizarla en su contexto, para lograr así una mejor comprensión de su alcance.

La tesis objeto de análisis suele sustentarse a partir de casos en que un laudo no está sometido al control de una jurisdicción estatal. La teoría fue explicada por PAULSSON en 1981⁴⁴ con motivo de la decisión proferida por la Corte de Apelaciones de París en *Götaverken Arendal AB v. Lybian General National Maritime Transport Co.* Los hechos del caso pueden sintetizarse así: se dictó un laudo en París a favor de *Götaverken*, cuya ejecución en Suecia fue buscada subsiguientemente. Por su parte, *Lybian Maritime Co.* inició un proceso dirigido a lograr la anulación de la providencia en Francia, solicitando además a las cortes suecas suspender su ejecución hasta que los jueces franceses resolvieran sobre la validez del laudo. La Corte Suprema de Justicia sueca declaró que el laudo era inmediatamente ejecutable, a pesar del proceso que se seguía en Francia⁴⁵. De otro lado, la Corte de Apelaciones de París determinó que carecía de jurisdicción para conocer de un recurso contra un laudo internacional, resultante de un proceso cuya localización en Francia era de poca importancia, a pesar de que las partes habían escogido a París como sede del arbitraje⁴⁶.

42. Traducción libre. PAULSSON, Jan. "Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin". En: *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30, abril de 1981, p. 358.

43. Por ejemplo, en 1983 el propio PAULSSON afirmó: "...[e]n una serie modesta de artículos me he esforzado por abarcar el fenómeno del arbitraje deslocalizado. Esperaba decir mi última palabra en una pieza titulada "Arbitration Unbound", que apareció en esta revista a comienzos de 1981. Mi conclusión esencial fue que la fuerza obligatoria de un laudo arbitral no debe derivarse necesariamente del derecho del país donde ocurrió que el laudo fue dictado. Más bien para mi sorpresa, bien calificados comentaristas reaccionaron de maneras diametralmente opuestas, que iban desde la aceptación del profesor Bernini de que la conclusión estaba "completamente fundada", hasta el profesor William Park, vituperando en contra de mí "peligrosa herejía"...". Traducción libre. PAULSSON, Jan. "Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters". En: *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 32, 1983, pp. 53-61.

44. Véase: PAULSSON, Jan. "Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin". En: *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30, abril de 1981.

45. Véase: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE SUECIA. *Libyan General National Maritime Transport Co. v. Gotaverken Arendal AB*. SO 1462. Sentencia del 13 de agosto de 1979.

En su análisis de esta última decisión, PAULSSON deja entrever el concepto moderado de laudo a-nacional; en efecto, el autor afirmó:

"...[l]a decisión de la Corte de Apelaciones de París constituye una aceptación clara del fenómeno del desprendimiento. Su tesis subyacente es que la fuerza jurídica del arbitraje transnacional se funda en la creación de las partes de una institución contractual; el efecto de los procedimientos puede dejarse para ser controlado por cualquier sistema jurídico al que se le solicite reconocer el laudo una vez ha sido dictado, y ese sistema jurídico no debe ser necesariamente el del lugar del arbitraje... El mensaje [de la Corte francesa] parece claro: uno está autorizado a concluir que la fuerza vinculante de un laudo internacional puede derivarse del acuerdo contractual para arbitrar en y por sí mismo, es decir, sin un ordenamiento jurídico nacional específico que sirva como su fundamento. En ese sentido, un laudo puede de hecho ir a la deriva, pero está sujeto en últimas al control post facto de la jurisdicción de ejecución..."⁴⁷.

Nótese que el caso *Götaverken* llega a un resultado muy similar al alcanzado por los ordenamientos jurídicos que fueron presentados en la sección 3.3. La diferencia está en que en el primero la calificación del laudo como no doméstico proviene de una corte estatal; en los segundos, de la ley⁴⁸. En ambos escenarios, dado que las cortes del país de la sede no ejercerán un control sobre la validez del laudo, ningún juez estaría facultado en principio⁴⁹ para determinar si el laudo es nulo. Por tal razón se ha sugerido que dichas providencias son a-nacionales.

46. Véase: CORTE DE APELACIONES DE PARÍS. *Götaverken Arrendal AB v. Lybian General National Maritime Transport Co.* Sentencia del 21 de febrero de 1980.

47. Traducción libre. PAULSSON, Jan. "Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin". En: *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30, abril de 1981, pp. 367-368.

48. Véase: DERAIS, Yves. "La aplicación de la Convención a laudos a-nacionales". En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.). *El arbitraje comercial internacional –Estudios de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Abeledo Perrot, 2008, p. 132.

49. Se incluyó la expresión *en principio* en el texto principal porque el artículo V.1.c. de la Convención de Nueva York contempla la posibilidad de que una Corte del país cuya ley rige el arbitraje decida sobre la validez del laudo. Véase: Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución

En relación con este punto, siguiendo a YVES DERAÏNS, es de notar que los laudos en cuestión son de hecho dictados dentro del marco de una ley de arbitraje nacional y que es esa misma ley o las cortes a cargo de su aplicación, las que excluyen o permiten prescindir de los recursos⁵⁰. Más aún, como lo ha expresado la doctrina, "...cualquiera sea la justificación de la exclusión de recursos contra el laudo en la sede del arbitraje, tal exclusión resulta de una política judicial nacional y no puede ser considerada, per se, como un criterio significativo del carácter no nacional [en este contexto, a-nacional] del laudo..."⁵¹. De ahí que estas decisiones no sean propiamente a-nacionales; es un derecho nacional el que les otorga una protección especial.

4.2 El concepto puro de laudo a-nacional

La concepción pura de laudo a-nacional fue descrita por BRUNO OPPETIT en su famosa *Teoría del Arbitraje*, donde afirma:

"...la gran pregunta sigue siendo, si es concebible que los arbitrajes puedan estar separados de todo ordenamiento jurídico estatal para ser, según las necesidades, vinculados a un ordenamiento jurídico a-nacional o verdaderamente internacional o si, en últimas, pueden "flotar" en el espacio internacional sin vinculación a ordenamiento jurídico alguno. El arbitraje sería, de esta forma, totalmente sustraído de los marcos estatales o inter-estatales, para depender únicamente

de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. 1958, artículo V.I.e. Sin embargo, como se expresó en el texto principal y en la nota 29, es poco común que una ley procesal distinta a la de la sede sea aplicable al arbitraje.

50. Sobre este particular, YVES DERAÏNS anota acertadamente: "...[n]o hay diferencia fundamental entre la exclusión de recursos por una ley... y la misma exclusión por decisión de los tribunales del país de la sede del arbitraje. En ambos casos es el derecho nacional el que no admite recursos contra laudos dictados en territorio nacional...". DERAÏNS, Yves. "La aplicación de la Convención a laudos a-nacionales". En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.). *El arbitraje comercial internacional - Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Abeledo Perrot, 2008, p. 132.
51. DERAÏNS, Yves. "La aplicación de la Convención a laudos a-nacionales". En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.). *El arbitraje comercial internacional - Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Abeledo Perrot, 2008, p. 131.

de normas autónomas que constituirán un verdadero ordenamiento jurídico internacional o un tercer ordenamiento jurídico..."⁵².

Existen pocos escenarios en que surgen dudas sobre si podría haber laudos realmente a-nacionales. Un ejemplo sería la sentencia de la Corte de Casación francesa en *Hilmarton v. OTV*, donde dicha corporación sustentó su decisión de ejecutar un laudo proferido en Suiza y declarado nulo allí, diciendo: "...[e]l laudo dictado en Suiza es un laudo internacional no incorporado al ordenamiento jurídico de dicho sistema, de modo que su existencia permanece establecida a pesar de su anulación, y su reconocimiento en Francia no es contrario al orden público internacional..."⁵³. Sin embargo, no parece que el laudo que se discutía en ese caso fuera realmente a-nacional: como lo afirma DERAINS, el unilateralismo del derecho francés para calificar un laudo dictado en el extranjero, no basta para considerar internacionalmente el mismo como desvinculado de todo derecho nacional⁵⁴.

En realidad, las dudas surgen en relación con los laudos proferidos por tribunales de derecho internacional público, como es el caso de: (i) el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos; y (ii) Tribunales del Centro Internacional de Arreglo de Disputas relativas a Inversiones [CIADI] que resuelvan disputas cobijadas por la Convención de Washington de 1965.

La naturaleza jurídica de los laudos de la primera de las entidades listadas fue discutida en el sonado caso *Gould v. Irán*. En él, Gould buscó evitar la ejecución a favor de Irán de un laudo proferido por el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos, cuya sede se encontraba en Holanda. La Corte de

52. OPPETT, Bruno, *Teoría del arbitraje*, Legis, 2006, p. 193.

53. COUR DE CASSATION, *Hilmarton v. Omnium de Traitement et de Valorisation [OTV]*, Sentencia del 23 de marzo de 1994.

54. DERAINS, Yves, "La aplicación de la Convención a laudos a-nacionales". En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.), *El arbitraje comercial internacional - Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*, Abeledo Perrot, 2008, p. 131.

Apelaciones para el Noveno Circuito de los Estados Unidos consideró que los laudos del tribunal en cuestión no se encontraban sujetos a la legislación holandesa, sino a un ordenamiento arbitral internacional (en el caso, el *Claims Settlement Declaration*), como consecuencia de acuerdo de las partes, que tendría entonces el efecto de *desnacionalizar* el arbitraje⁵⁵.

El segundo caso es el de los laudos resultantes de arbitrajes CIADI que se encuentren cobijados por la Convención de Washington de 1965, de cuyas características pueden destacarse las siguientes: (i) no están sujetos a la revisión de ninguna Corte estatal, ni a recurso alguno por fuera del sistema CIADI; y (ii) tienen efectos de cosa juzgada, reconociéndoseles la misma fuerza normativa que tendría una decisión tomada por una corte nacional⁵⁶.

4.3 La aplicación de la Convención de Nueva York a los laudos a-nacionales:

Habiendo precisado el concepto del laudo a-nacional, se presenta la cuestión de si la Convención de Nueva York es aplicable a tales providencias. Un sector de la doctrina había respondido este interrogante negativamente. En particular, VAN DEN BERG sostuvo que una lectura sistemática de la Convención

55. Véase: U.S. COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. *Gould v. Ministry of Defense of Iran*. 887 F.2d 1357. Sentencia del 23 de octubre de 1989.

56. En efecto, el artículo 53.1 del Convenio CIADI reza: "...[e]l laudo será obligatorio para las partes y no podrá ser objeto de apelación ni de cualquier otro recurso, excepto en los casos previstos en este Convenio. Las partes lo acatarán y cumplirán en todos sus términos, salvo en la medida en que se suspenda su ejecución, de acuerdo con lo establecido en las correspondientes cláusulas de este Convenio...". Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. 1965, artículo 53.1. Por su parte, el artículo 54.1 del tratado establece que "...[e]l Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran...". Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. 1965, artículo 54.1.

indica que ésta sólo cubre laudos regidos por una legislación nacional⁵⁷. Sin embargo, el mismo autor reconoce actualmente que "...[l]a pregunta de si la Convención de Nueva York se aplica a laudos "no-nacionales" [a-nacionales] puede responderse afirmativamente..."⁵⁸. En el desarrollo de su tesis, en el marco del artículo I.1 de la Convención, VAN DEN BERG ubica el caso de los laudos a-nacionales dentro de la hipótesis de los que aquí hemos denominado no-nacionales; asimismo, el autor explica que la ejecución de tales providencias, en cualquier caso, dará lugar a algunas dificultades⁵⁹.

57. En efecto, VAN DEN BERG afirmó a mediados de la década de 1980: "...[l]a Convención de Nueva York no aplica a laudos a-nacionales... La Convención de Nueva York debe entenderse aplicable solamente a laudos que están regidos por una legislación arbitral nacional. Este principio aplica tanto al primer [laudos extranjeros] como al segundo criterio [laudos no considerados como nacionales] del campo de aplicación de la Convención. Es cierto que el texto de la Convención, en lo que se refiere a su campo de aplicación, no exige que el laudo esté regido por una ley de arbitraje nacional. Sin embargo, si el campo de aplicación de la Convención se lee conjuntamente con las demás disposiciones de la Convención, se hace evidente que este requisito se encuentra implícito. La ejecución de un laudo puede rechazarse si el demandado logra probar que el pacto arbitral es inválido "en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiere indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia" [artículo V.1.a]. La ejecución de un laudo también puede rechazarse si el demandado puede probar que el laudo ha sido anulado por una corte "del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia [arbitral]". Aunque otra causal para rechazar la ejecución, que se refiere a las irregularidades en la constitución del tribunal y el procedimiento arbitral, se refiere en primer lugar al acuerdo de las partes sobre estos asuntos, y a falta de tal acuerdo, a la ley de la sede del arbitraje, esta disposición no puede considerarse como una alteración del principio de que la Convención puede aplicarse sólo a laudos que están regidos por una ley [nacional] de arbitraje...". Traducción libre. VAN DEN BERG, Albert Jan. "When is an Arbitral Award Non-Domestic Under the New York Convention of 1958?". En: *Pace Law Review*, Vol. 6, 1985-1986, pp. 62-63.
58. VAN DEN BERG, Albert Jan. "La aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 a laudos no nacionales". TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.). *El arbitraje comercial internacional - Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Abeledo Perrot, 2008, p. 126.
59. En concreto, VAN DEN BERG plantea tres problemas. Primero, existe un riesgo de que el laudo a-nacional no sea ejecutado, dado que el artículo I(1) de la Convención otorga discrecionalidad al juez para decidir sobre el asunto. Segundo, cuando una corte estatal esté dispuesta a ejecutar un laudo a-nacional, se enfrentará primigeniamente con el problema de determinar si se trata de un laudo arbitral ejecutable; pues bien, un elemento definitorio del arbitraje desnacionalizado consiste en que no hay una legislación estatal que provea un estándar aplicable en esta situación. Consecuentemente, los jueces pueden utilizar: su propia ley de arbitraje o un estándar internacional. Tercera, las cortes de la jurisdicción de reconocimiento y ejecución deberán prestar atención a tres disposiciones de la Convención de Nueva York: (i) el artículo V.1.a, que permite denegar la ejecución de un laudo cuando el pacto arbitral no es válido bajo la ley a la que lo sometieron las partes o, a falta de acuerdo, conforme a la legislación del país en el que se dictó el laudo: en el arbitraje a-nacional, como no aplica ningún ordenamiento jurídico nacional, se debe hacer caso omiso de la ley, o entenderla de modo que incluya algún cuerpo de legislación supranacional; (ii) el artículo V.1.d, que permite no ejecutar un laudo cuando la constitución del tribunal o el procedimiento arbitral no se ajustaron al acuerdo de las partes o, a falta de acuerdo, a la ley de la sede: si el arbitraje es desnacionalizado, sólo operará esta

Si se parte de sólo reconocer como verdaderamente a-nacionales los laudos dictados por tribunales de derecho internacional público, sería pertinente analizar, en concreto, si la Convención aplica a los laudos proferidos por: (i) el Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos; y (ii) tribunales CIADI.

Respecto de las decisiones del primero de estos tribunales, como se anotó anteriormente, en *Gould v. Irán* la Corte de Apelaciones para el Noveno Circuito de los Estados Unidos encontró que, si las partes pactan que el arbitraje será regido por un cuerpo normativo no-nacional, como lo sería el *Claims Settlement Declaration*, nada impediría aplicar la Convención al laudo resultante. Empero, aclaró que no todas las disposiciones del tratado (en particular, las que hacen referencia al derecho de la sede o del país cuya ley rigió el arbitraje) serían aplicables al laudo⁶⁰. No sobra agregar que, para sustentar su decisión, la Corte citó el caso *SEEE v. Yugoslavia*, donde el Hoge Raad

disposición en caso de existir un acuerdo de las partes (ya que no se aplica la ley de la sede); y (iii) el artículo V.1.e, en virtud del cual puede rehusarse la ejecución de un laudo que ha sido anulado por las cortes del lugar del arbitraje o del país conforme a cuya ley fue dictado: en un arbitraje a-nacional, no existirán tales cortes. Véase: VAN DEN BERG, Albert Jan. "La aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 a laudos no nacionales". TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.), *El arbitraje comercial internacional - Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Abeledo Perrot, 2008, pp. 117-118.

60. En efecto, la Corte aseveró: "...[e]l lenguaje que hace referencia a la elección del derecho aplicable no se menciona ni alude en el artículo I, que determina el campo de aplicación de la Convención. Adicionalmente, aunque se trata de un asunto relacionado, la lectura más apropiada de la Convención parece ser que ésta aplica a la ejecución de laudos no-nacionales... Adicionalmente, permitir a las partes desvincularse de una ley nacional preexistente, deja aún algunas protecciones en contra de la ejecución de laudos arbitrales que, en otras circunstancias, sería injusto. La Convención contiene varias protecciones del debido proceso, que requieren la notificación y la oportunidad de ser escuchado, así como la posibilidad de invocar la defensa en contra de la ejecución de laudos contrarios al orden público. Artículo V, párrafos 1(a) y 1(b)... Finalmente, según como se hayan presentado, las defensas parecen aplicar a laudos arbitrales dictados bajo el derecho local o a aquellos dictados conforme a la ley elegida por las partes, como en este caso. En particular, el artículo V.1.d permite a una parte, en contra de la cual se busca ejecutar un laudo, resistir la ejecución si "la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje". Si bien este lenguaje parece estar en contravía del [utilizado por el] artículo V.1.e, que se refiere al "país que, o conforme a cuya ley, haya sido dictada esa sentencia", es posible reconciliar las dos disposiciones de acuerdo con la interpretación por la cual la Convención aplica a laudos no-nacionales. Esto es, si las partes eligen que su arbitraje no esté regido por un derecho nacional, entonces quien pierda no podrá prevalerse de algunas de las defensas de los literales (a) y (e) ...". Traducción libre. U.S. COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. *Gould v. Ministry of Defense of Iran*, 887 F.2d 1357. Sentencia del 23 de octubre de 1989.

(Corte Suprema de Justicia de los Países Bajos) consideró que la Convención de Nueva York cobijaba un laudo dictado en Suiza y no reconocido como suizo por las cortes de dicho país⁶¹.

En relación con los laudos proferidos por tribunales CIADI, debe tenerse en cuenta que no todo laudo CIADI está cobijado por el Convenio de Washington de 1965. En efecto, el Reglamento del Mecanismo Complementario CIADI permite al CIADI administrar arbitrajes entre Estados y nacionales de otros Estados, en casos que se encuentran por fuera del campo de aplicación del tratado de 1965⁶². Pues bien, la Convención de Nueva York no aplica a los laudos CIADI que se encuentran dentro del campo de aplicación del Convenio de Washington, ya que el régimen aplicable a su ejecución es el consagrado por este último instrumento internacional, que tiene reglas claras al respecto⁶³. Por su parte, la ejecución de los laudos resultantes de arbitrajes regidos por el Mecanismo Complementario "...está sujeta al derecho nacional del lugar de ejecución y a la Convención de Nueva York..."⁶⁴.

61. En el caso *SEEE v. Yugoslavia*, dos árbitros dictaron un laudo en Lausana, cuyo registro fue rechazado por el Tribunal Cantonal de Vaud, con el beneplácito del Tribunal Federal Suizo, bajo la consideración de que el laudo no estaba suficientemente relacionado con el ordenamiento jurídico del Cantón de Vaud. Sin el registro, no era posible interponer recursos en contra de la providencia en cuestión. Cuando se buscó la ejecución del laudo en Holanda, la Corte de Apelación de La Haya consideró que la decisión en cuestión no era un laudo dictado en el territorio de otro Estado contratante, de modo que no podía ser ejecutado bajo la Convención de Nueva York. Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de los Países Bajos determinó que la sentencia de su inferior jerárquico había excedido los límites del artículo V de la Convención y reenvió el caso a la Corte de Apelación de La Haya, que a su vez aseveró que el laudo era contrario a un convenio entre Francia y Yugoslavia, rehusándose nuevamente a ejecutarlo. Tras la interposición de un nuevo recurso, la Corte Suprema concluyó que no era lícito rehusar la ejecución de la providencia por las razones esgrimidas, pero declaró que la decisión suiza de no registrar el laudo equivalía a su anulación, lo que a su vez constituía una causal para rechazar su ejecución conforme al artículo V.1.c de la Convención de Nueva York. Sobre este caso, véase: VAN DEN BERG, Albert Jan. "La aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 a laudos no nacionales". TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.). *El arbitraje comercial internacional - Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Abledo Perrot, 2008, pp. 122-124.

62. Véase: ICSID. Additional Facility Rules. Recuperado el 17 de junio de 2010, de: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility/AFR_English-final.pdf, p. 5.

63. Véase nota 56.

64. DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 2008, p. 288.

Como explica YVES DERAÏNS, si bien es claro que la existencia de los laudos a-nacionales ha sido objeto de una discusión más bien académica, parece un tema más bien desconectado de la realidad del arbitraje, ya que: (i) es un fenómeno extraordinario; y (ii) con la evolución de los derechos modernos, la diferencia entre un laudo verdaderamente a-nacional y uno dictado conforme al régimen de arbitraje internacional de un Estado que no admite recursos en su contra, es muy tenue⁶⁵. Más aún, el carácter a-nacional de un laudo no excluye la aplicación de la Convención de Nueva York: en el caso de los laudos cobijados por el Convenio de Washington de 1965, la Convención de 1958 no deja de aplicar como consecuencia del carácter a-nacional del laudo, sino porque existe un mecanismo especial para su ejecución.

5. CONCLUSIONES

De las consideraciones presentadas, podríamos concluir que:

- Un laudo no es nacional o extranjero *per se*: es simultáneamente nacional para un Estado, el de la sede, y extranjero para el resto.
- No existe una noción unívoca de laudo no-nacional, concepto cuya precisión fue dejada a los legisladores y cortes nacionales. En cualquier caso, el carácter no-nacional del laudo se opone a su calificación como nacional, de modo que se trata de una categoría predicable sólo respecto del Estado que estaba en posibilidad de considerar la providencia como nacional.

65. DERAÏNS, Yves. "La aplicación de la Convención a laudos a-nacionales". En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.). *El arbitraje comercial internacional - Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Abeledo Perrot, 2008, pp. 136-137.

- Algunos ejemplos de laudos que han sido catalogados como no-nacionales, en diferentes contextos y lugares, son: (i) los laudos proferidos en el territorio de un Estado, pero bajo la ley procesal de otro; (ii) los laudos dictados en el territorio de un país, conforme a su derecho doméstico, pero con un elemento internacional; y (iii) los laudos expedidos en un país que permite a las partes renunciar a los recursos que ordinariamente proceden en su contra.
- El laudo a-nacional ha sido abordado desde dos perspectivas. La primera, moderada, plantea que es a-nacional el laudo cuya efectividad no depende necesariamente de un derecho nacional, ya que el papel de las cortes del país de la sede se ha visto drásticamente reducido. La segunda, pura, identifica esta categoría con los laudos que *flotan* en el ordenamiento internacional, sin tener vínculo alguno con una legislación nacional.

Los laudos frente a los cuales el rol de las cortes estatales se encuentra restringido, si bien existen, no son propiamente a-nacionales, ya que su protección especial proviene precisamente de un derecho nacional. Por otra parte, es difícil encontrar laudos desvinculados de todo sistema jurídico nacional. Los únicos ejemplos claros de tal categoría serían los laudos dictados bajo el derecho internacional público, por tribunales CIADI o por el Tribunal de Reclamaciones Irán – Estados Unidos.

Ahora bien, en principio, nada impide aplicar la Convención de Nueva York a un laudo que, según cualquiera de estas concepciones, aparezca como a-nacional. Empero, debe tenerse en cuenta que, por razones ajenas a su falta de nacionalidad, los laudos cobijados por el Convenio de Washington de 1965 no se encuentran sujetos a los mecanismos previstos por la Convención de 1958.

BIBLIOGRAFÍA

- Acto de Arbitraje del Reino Unido. 1996.
- ÁLVAREZ, Henri. "La escogencia del lugar del arbitraje". En: *Revista Internacional de Arbitraje*. Editorial Legis, diciembre de 2005.
- BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer, 2009.
- BUNDESGERICHTSHOF. *Sentencia del 24 de marzo de 1997*. En: *ASA Bulletin*, No. 316.
- CNUDMI, *Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*. 1985.
- CNUDMI. *Situación actual de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras*. Recuperado el 17 de junio de 2010, de: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html
- Código Federal Suizo sobre Derecho Internacional Privado.
- Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. 1958.
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. 1965.
- CORTE DE APELACIONES DE PARÍS. *Dubois et Vanderwalle v. Boots Frites BV*. Sentencia del 22 de septiembre de 1995. En: *Revue de l'Arbitrage*, 1996.
- CORTE DE APELACIONES DE PARÍS. *Götaverken Arendal AB v. Lybian General National Maritime Transport Co*. Sentencia del 21 de febrero de 1980.
- CORTE DE APELACIONES DE ROUEN. *Société Euroécène d'Etudes et d'Enterprises v. República de Yugoslavia*. Sentencia del 13 de noviembre de 1984.
- CORTE DI APPELLO DI MILANO. *Sentencia del 24 de marzo de 1998*. En: *XXV Yearbook of International Commercial Arbitration*.

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE SUECIA. *Libyan General National Maritime Transport Co. v. Gotaverken Arendal AB*. SO 1462. Sentencia del 13 de agosto de 1979.
- COUR DE CASSATION. *Hilmarton v. Omnium de Traitement et de Valorisation [OTV]*. Sentencia del 23 de marzo de 1994.
- CUBEROS, Felipe. "Concepto y nacionalidad del laudo". En: *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*. Cevallos Editora Jurídica, 2009.
- Decreto Legislativo No. 1071. 27 de junio de 2008.
- DERAINS, Yves. "La aplicación de la Convención a laudos anacionales". En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.). *El arbitraje comercial internacional –Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Abeledo Perrot, 2008.
- DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Oxford University Press, 2008.
- ECOSOC. *Austria, Belgium, Federal Republic of Germany, France, Italy, Netherlands, Sweden, Switzerland: Amendment to Article 1*. E/CONF.26/L.6, 22 de mayo de 1958.
- ECOSOC. *Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards*. E/AC.42/4/Rev.1, 28 de marzo de 1955.
- ECOSOC. *Report of the Working Party No. 1 on Article I, Paragraph 1 and Article II of the Draft Convention (E/2704 and Corr.1)*. E/CONF.26/L.42, 2 de junio de 1958, §5.
- ECOSOC. *Summary Record of the Sixth Meeting of the United Nations Conference on International Commercial Arbitration*. E/CONF.26/SR.6, 12 de septiembre de 1958.
- ECOSOC. *Summary Record of the United Nations Conference on International Commercial Arbitration on the Fourth Meeting*. E/CONF.26/SR.4, 12 de septiembre de 1958.
- GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999.
- HOUSE OF LORDS. *Hiscox v. Outhwaite*. 2 W.L.R. 1991.
- ICSID. Additional Facility Rules. Recuperado el 17 de junio de 2010, de:

http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/facility/AFR_English-final.pdf

- LEW, Julien; MISTELIS, Loukas y KRÖLL, Stefan. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003.
- Ley 315/96. 16 de septiembre de 1996.
- Ley Sueca de Arbitraje. 4 de marzo de 1999.
- MANTILLA-SERRANO, Fernando. "Laudo no nacional. La segunda hipótesis del artículo I.1". En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.). *El arbitraje comercial internacional - Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Abeledo Perrot, 2008.
- OPPETIT, Bruno. *Teoría del arbitraje*. Legis, 2006.
- PAULSSON, Jan. "Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin". En: *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 30, abril de 1981.
- PAULSSON, Jan. "Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters". En: *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 32, 1983.
- SILVA-ROMERO, Eduardo. "Laudo extranjero y criterio de territorialidad". En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.). *El arbitraje comercial internacional - Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Abeledo Perrot, 2008.
- U.S. COURT OF APPEALS FOR THE ELEVENTH CIRCUIT. *McGregor & Werner, Inc. v. Motion Picture Laboratory Technicians Local*. 806 F.2d 1003. Sentencia del 22 de diciembre de 1986.
- U.S. COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. *Central Valley Typographical Union No. 46 v. McClatchy Newspapers*. 762 F.2d 741. Sentencia del 23 de mayo de 1985.
- U.S. COURT OF APPEALS FOR THE NINTH CIRCUIT. *Gould v. Ministry of Defense of Iran*. 887 F.2d 1357. Sentencia del 23 de octubre de 1989.
- U.S. COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT. *Bergesen v. Joseph Muller Corp.* 710 F.2d 929. Sentencia del 17 de junio de 1983.

- U.S. COURT OF APPEALS FOR THE SECOND CIRCUIT. *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons v. Toys "R" US Inc.* 236 F4d 15. Sentencia del 10 de septiembre de 1997.
- U.S. DISTRICT COURT FOR THE SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK. *Spector v. Torenberg.* 852 F.Supp. 201. 1994.
- VAN DEN BERG, Albert Jan. "La aplicación de la Convención de Nueva York de 1958 a laudos no nacionales". TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.). *El arbitraje comercial internacional –Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario.* Abeledo Perrot, 2008.
- VAN DEN BERG, Albert Jan. "Non-domestic arbitral awards under the 1958 New York Convention". En: *Arbitration International*, Vol. 2, No. 1, 1986.
- VAN DEN BERG, Albert Jan. "When is an Arbitral Award Non-Domestic Under the New York Convention of 1958?". En: *Pace Law Review*, Vol. 6, 1985-1986.
- ZULETA, Eduardo. "¿Qué es una sentencia o laudo arbitral? El laudo parcial, el laudo final y el laudo interino". En: TAWIL, Guido y ZULETA, Eduardo (Eds.). *El arbitraje comercial internacional –Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario.* Abeledo Perrot, 2008.
- ZULETA, Eduardo. "Post-Award Advocacy: The Relationship Between Interim and Final Awards; Res Judicata Concerns". 2010. [Documento de ICCA en prensa].

El nuevo reglamento de arbitraje de UNCITRAL

*David Arias
Cristina Cortes (*)*

SUMARIO

1. Introducción. 2. La respuesta a la solicitud de arbitraje. 2.1. Contenido de la respuesta a la solicitud de arbitraje. 2.2. La importancia de la respuesta a la solicitud de arbitraje. 3. El tribunal arbitral. 3.1. Constitución. 3.1.1. Autoridades designadoras y nominadoras. 3.1.2. Número de árbitros en defecto de acuerdo. 3.1.3. Constitución del tribunal arbitral en arbitrajes multiparte. 3.1.4. Otras novedades relativas a la constitución del tribunal arbitral. 3.2. Estatuto del tribunal arbitral. 3.2.1. Independencia e imparcialidad. 3.2.2. Responsabilidad. 3.3. Competencia del tribunal arbitral. 4. Medidas cautelares. 5. Fase de instrucción. 6. El laudo. 6.1. No se contempla que el voto del presidente del tribunal arbitral sea dirimente. 6.2. No se establece el secreto de las deliberaciones del tribunal arbitral. 6.3. Se eliminan las referencias a los laudos "provisionales, interlocutorios y parciales". 7. La intervención de terceros en el procedimiento arbitral. 8. Otros cambios relevantes introducidos en el nuevo Reglamento. 8.1. Eficiencia y control de costes. 8.2. Calendario provisional del procedimiento. 8.3. Ley aplicable. 8.4. Uso de la tecnología. 8.5. Otras modificaciones que afectan al procedimiento arbitral. 9. Consideraciones finales.

* David Arias es Profesor Titular de Derecho Procesal y Arbitraje en la Universidad Francisco de Vitoria de Madrid y socio de PEREZ-LLORCA. Es *officer* del Arbitration Committee de la International Bar Association, Secretario General del Club Español del Arbitraje y miembro del Grupo de Arbitraje Latinoamericano de la CCI (darrias@perezllorca.com). Cristina Cortes es abogado del área de

1. INTRODUCCIÓN

En julio de 2006 la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (la "CNUDMI", también conocida por sus siglas en inglés "UNCITRAL") acordó que el Grupo de Trabajo II, encargado de asuntos relacionados con arbitraje y mediación (el "Grupo de Trabajo"), diera prioridad a la revisión de su Reglamento de Arbitraje (el "Reglamento"), manteniendo la estructura y espíritus originales del Reglamento de 1976¹.

El Grupo de Trabajo es uno de los seis grupos de trabajo de UNCITRAL, también encargado, entre otras cosas, del desarrollo de la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL. El Grupo de Trabajo se reúne dos veces al año, en Viena y en Nueva York, y está compuesto por las delegaciones de los Estados miembros de UNCITRAL, así como por Estados e instituciones observadores, entre las que se encuentran las principales cortes de arbitraje, lo que permite que se den contribuciones sumamente constructivas.

El Reglamento se encuentra en vigor desde 1976. Desde entonces, ha sido usado para resolver múltiples disputas comerciales privadas, especialmente en arbitrajes *ad hoc*. Asimismo, el Reglamento ha sido aplicado también en otros ámbitos no previstos inicialmente por sus redactores, como son las disputas surgidas de los convenios bilaterales de inversión ("*bilateral investment treaties*" o "*BITs*"), ya que muchos de dichos convenios contemplan el arbitraje bajo el Reglamento entre las opciones de los inversores para accionar contra los Estados.

La gran importancia del Reglamento también radica en que ha servido como modelo para la elaboración de los reglamentos

Litigación y Arbitraje de PÉREZ-LLOSCA, colegiada en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y máster en International Legal Practice por el Instituto de Empresa (Madrid) (ecortes@perezllorca.com).

1. Reglamento aprobado por la Resolución 31/98, de 15 de diciembre de 1976, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

de diversas instituciones arbitrales regionales, como la Corte Permanente de Arbitraje o la Corte de Mediación y Arbitraje de las Cámaras de Comercio de Suiza. Por otra parte, no debe olvidarse el uso del Reglamento en el marco del Derecho Internacional Público, como por ejemplo en el Tribunal de disputas entre Irán y Estados Unidos.

El frecuente uso del Reglamento hace especialmente complicada una revisión del mismo: es necesario abordar una adaptación de su articulado a las necesidades surgidas de la actual práctica arbitral internacional pero, por otro lado, cambios excesivamente específicos pueden ir en detrimento de la flexibilidad que caracteriza a esta norma, corriendo el riesgo de no acomodarse a todos los tipos de disputas para las que el Reglamento está pensado. Se ha tratado de aplicar la conocida máxima anglosajona *if ain't broke, don't fix it*.

Debe destacarse que la revisión del Reglamento surgió de estudios llevados a cabo por y JAN PAULSSON y GEORGIOS PETROCHILOS² (el "Informe PAULSSON y PETROCHILOS") a petición de la propia UNCITRAL, en los cuales se evidenciaba la necesidad de adecuar el Reglamento, al objeto de abordar algunos problemas que se originaban en la práctica del arbitraje internacional, así como de fomentar su aplicación uniforme e incrementar su eficacia. En efecto, el Reglamento debe adaptarse a las necesidades actuales del comercio internacional para seguir cumpliendo su objetivo fundamental: proporcionar un procedimiento flexible para cualquier tipo de disputa comercial en cualquier parte del mundo. En este sentido, los principales motivos que justifican la revisión del Reglamento, ya apuntados en el Informe PAULSSON y PETROCHILOS, son los siguientes:

- (i) Desde 1976 ha habido grandes avances en la práctica arbitral, ya que el volumen de arbitrajes internacionales ha alcanzado dimensiones desconocidas en aquella

2. PAULSSON, Jan y PETROCHILOS, Georgios. "Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules".

época. Han surgido nuevos reglamentos arbitrales y los que ya existían han sido revisados. Los redactores del Reglamento originario no podían anticipar las dificultades que han ido surgiendo en el proceso arbitral internacional ni las innovaciones que, como consecuencia de las mismas, han venido apareciendo en los reglamentos de arbitraje contemporáneos.

- (ii) El Reglamento estaba inspirado en textos que ya han quedado en desuso³. Por otra parte, reglamentos que en su día estaban inspirados en el Reglamento ya han sufrido las correspondientes revisiones⁴.

A lo largo de las sesiones celebradas desde el año 2006, el Grupo de Trabajo ha propuesto a UNCITRAL varias revisiones del texto del Reglamento. Finalmente, el 12 de julio de 2010 veía la luz una pre-publicación de la versión consolidada del nuevo Reglamento. El presente artículo expone las modificaciones más importantes tomando en consideración este último y reciente texto publicado por UNCITRAL.

Según el artículo 1.2 del nuevo Reglamento, en defecto de pacto expreso, se presumirá que las partes han acordado la aplicación del nuevo Reglamento si el convenio arbitral se concluyó después del 15 de agosto de 2010, salvo que el convenio arbitral se concluyera por medio de la aceptación de una oferta realizada con anterioridad a dicha fecha.

En el presente artículo abordaremos algunas de las novedades más importantes introducidas en el nuevo Reglamento UNCITRAL como son, entre otras, las siguientes: la creación de la respuesta a la solicitud de arbitraje, determinados aspectos relativos al nombramiento, estatuto y competencia del tribunal

3. Principalmente las reglas de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas de 1966 y las reglas de la antigua Comisión Económica para Asia, también de 1966.

4. Por ejemplo, los reglamentos de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres (LCIA), de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (IACAC), de la Organización Internacional de la Propiedad Intelectual (WIPO) y del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC).

arbitral, modificaciones introducidas en la regulación de las medidas cautelares, los cambios referentes a la fase de instrucción y el laudo y la posibilidad de la intervención de terceros en el procedimiento arbitral.

2. LA RESPUESTA A LA SOLICITUD DE ARBITRAJE

Una de las modificaciones más significativas introducidas en el nuevo Reglamento consiste en la creación de la respuesta a la notificación del arbitraje, en lo que es el nuevo artículo 4 del Reglamento.

2.1 Contenido de la respuesta a la solicitud de arbitraje

El nuevo Reglamento configura la respuesta a la solicitud de arbitraje de tal forma que, con la misma, el demandado puede posicionarse en cuanto a la descripción preliminar del arbitraje efectuada por el demandante en su solicitud de arbitraje. En particular, el demandado o demandados deberán pronunciarse sobre las siguientes cuestiones:

- (i) La cláusula arbitral invocada por el demandante.
- (ii) El contrato del que trae causa la controversia de que se trate.
- (iii) La descripción de la controversia realizada por el demandante, así como la cuantificación de la suma reclamada.
- (iv) El *petitum* de la notificación de arbitraje.
- (v) Su propuesta en cuanto al número de árbitros, el idioma y el lugar del arbitraje cuando las partes no hayan convenido antes en ello.

La parte demandada también podrá incluir las siguientes menciones en su respuesta a la solicitud de arbitraje:

- (i) Las excepciones de jurisdicción oponibles al tribunal arbitral que se constituya con arreglo al Reglamento.
- (ii) Una breve descripción de la posible reconvencción o alegación de compensación que se pretenda hacer valer en el arbitraje, indicando asimismo las sumas reclamadas en dicho concepto. Éste es un gran avance alcanzado con el nuevo Reglamento, ya que permite al demandante incluir una defensa en su demanda frente a la reconvencción planteada.

Como puede comprobarse, el nuevo texto del Reglamento no configura la solicitud de arbitraje y su respuesta como alegaciones sustantivas, sino como meros delineadores de los contornos de la disputa de que se trate. Las alegaciones extensas de las partes se dejan para los escritos de demanda y contestación⁵. Sin perjuicio de esto, en disputas poco complejas, las partes pueden optar por presentar solicitudes de arbitraje y respuestas a dichas solicitudes que sean más extensas, de manera que las mismas configuren la demanda y contestación, respectivamente⁶.

Se prevé asimismo que el demandado incluya una notificación de arbitraje en caso de tener una reclamación frente a un tercero parte de la cláusula arbitral (distinto del demandante). Esta previsión sin duda favorece y facilita la tramitación de los llamados arbitrajes multiparte, al contemplar expresamente la posibilidad de que existan distintas partes en una misma posición procesal⁷.

5. Artículos 18 y 19 del Reglamento de 1976, que pasan a ser los artículos 20 y 21 del nuevo Reglamento.

6. En virtud de los artículos 20.1 y 21.1 del nuevo Reglamento.

7. Los cambios introducidos en el nuevo Reglamento relativos a la intervención de terceros en el procedimiento arbitral se exponen en el punto 7 del presente artículo. En cuanto al nombramiento de árbitros en arbitrajes multiparte, *vid.* punto 3.1 del presente artículo.

Por último, el nuevo Reglamento indica que la constitución del tribunal arbitral no se verá obstaculizada por el hecho de que el demandado no responda a la solicitud del arbitraje o por la respuesta incompleta o tardía del demandado a dicha solicitud.

2.2 La importancia de la respuesta a la solicitud de arbitraje

Ya el Informe PAULSSON y PETROCHILOS⁸ identificó la necesidad de crear este trámite en el arbitraje, indicando además que una de sus ventajas fundamentales sería el permitir al tribunal arbitral dictar las directrices procedimentales más adecuadas (en materia de calendario por ejemplo) al tipo de disputa y a las pretensiones de las partes.

La inclusión de la respuesta a la solicitud de arbitraje, en línea con los más modernos reglamentos de arbitraje, posibilita una mejor identificación de las materias en disputa antes de la constitución del tribunal. Esta circunstancia podría influir, por ejemplo, el tipo de árbitro que sería más apropiado, en base a su experiencia técnica o conocimiento de una determinada legislación nacional. Asimismo, la identificación de las verdaderas materias en disputa puede favorecer un acuerdo amistoso entre las partes que evite el procedimiento arbitral⁹.

Sin duda, la práctica arbitral recomienda el conocimiento previo de la posición del demandado antes de la constitución del tribunal arbitral. En efecto, la falta de esta información impide el entendimiento recíproco de la disputa y, por tanto, la preparación eficiente del arbitraje, así como un posible acuerdo amistoso entre las partes¹⁰.

8. PAULSSON y PETROCHILOS, p. 6.

9. LEVISE, Judith. "Current trends in international arbitral practice as reflected in the revision of the UNCITRAL arbitration rules". En: *University of New South Wales Law Journal*. 2008, p. 273.

10. WIRTH, Markus. "The current revision of the UNCITRAL Rules". Conference Paper sobre "New Developments in International Commercial Arbitration".

3. EL TRIBUNAL ARBITRAL

3.1 Constitución

En cuanto a la constitución del Tribunal Arbitral, el nuevo Reglamento contempla un procedimiento esencialmente similar al ya previsto en el Reglamento de 1976, aunque ha variado considerablemente la redacción de los artículos relevantes, simplificándose ésta de manera considerable.

3.1.1 Autoridades designadoras y nominadoras

En el nuevo Reglamento se ha creado un nuevo artículo 6 relativo a las autoridades designadoras y nominadoras (*designating and appointing authorities*), cuyo contenido estaba antes incluido en otros artículos relativos al nombramiento de los árbitros. Dichas autoridades, como es bien sabido, cobran especial relevancia en arbitrajes no administrados, como lo son la mayoría de los arbitrajes en los que se aplica el Reglamento. El Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya (el "TPA") sigue teniendo un papel relevante como autoridad designadora y nominadora:

- (i) Las partes pueden proponerlo como autoridad nominadora (artículo 6.1); y
- (ii) Si las partes no alcanzan un acuerdo en cuanto a la autoridad nominadora, el Secretario General del TPA actuará como autoridad designadora, designando la autoridad nominadora (artículo 6.2).

Como se puede comprobar, sigue vigente en el nuevo Reglamento el sistema de los dos pasos para el nombramiento de árbitros previsto en el Reglamento de 1976. Aunque se consideró la eliminación de este sistema, finalmente esta propuesta no salió adelante por falta de consenso.

3.1.2 *Número de árbitros en defecto de acuerdo*

Otro aspecto que tampoco se ha visto modificado en el nuevo Reglamento es el número de árbitros en defecto de acuerdo entre las partes, que sigue siendo tres¹¹. No obstante, se prevé como novedad que si ninguna parte responde a una propuesta de nombramiento de árbitro único o no se ha nombrado el segundo árbitro en plazo, la autoridad nominadora pueda nombrar un árbitro único si considera que es la opción más apropiada¹².

A pesar de esta inclusión, en línea con el intento de limitar los costes del arbitraje, como veremos más adelante, hubiera sido interesante que se hubiera establecido un árbitro único en defecto de acuerdo. En este sentido, la práctica arbitral evidencia que, como regla general, los arbitrajes de tres árbitros son más caros y se prolongan más en el tiempo¹³. Es por ello que la tendencia que siguen los reglamentos de arbitraje modernos es la de considerar un árbitro único en defecto de acuerdo entre las partes¹⁴.

3.1.3 *Constitución del tribunal arbitral en arbitrajes multiparte*

El nuevo artículo 10.1 del Reglamento prevé un método de nombramiento del tribunal arbitral para supuestos de pluralidad de demandantes o demandados: salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las partes actuarán conjuntamente, en su condición de demandantes o de demandados, para el nombramiento de su respectivo árbitro.

11. Artículo 7.1 del nuevo Reglamento, artículo 5.1 del Reglamento de 1976.

12. Artículo 7.2 del nuevo Reglamento.

13. WIRTH, Markus, p. 7.

14. *Ibid.*, por ejemplo los artículos 6.2 del reglamento de arbitraje de las Cámaras de Comercio de Suiza y 8.2 del reglamento de arbitraje de la CCI.

Esta modificación está inspirada en una propuesta contenida en el Informe PAULSSON y PETROCHILOS¹⁵, diseñada para evitar casos como *Dutco*¹⁶. En este asunto, la Corte de Casación (*Cour de cassation*) francesa rechazó la validez del nombramiento de un árbitro realizado por la CCI por dos co-demandados que no se habían puesto de acuerdo en la elección de dicho árbitro, por considerar que vulneraba el principio de la igualdad de trato entre las partes y, por tanto, que era contrario al orden público.

Esta jurisprudencia fue decisiva en las revisiones llevadas a cabo en 1998 de los Reglamentos de la CCI (artículo 10) y de la LCIA (artículo 8.1), para contemplar expresamente supuestos en los que múltiples demandantes o demandados no forman un único grupo con derechos y obligaciones comunes, como sucedía en el caso *Dutco*¹⁷. Así pues y puesto que el Reglamento de 1976 no se acomodaba a las necesidades puestas de manifiesto por el caso *Dutco*, se ha adoptado en el nuevo Reglamento una solución similar a la contemplada en los Reglamentos de la CCI y de la LCIA.

3.1.4 Otras novedades relativas a la constitución del tribunal arbitral

Otra modificación importante relativa al nombramiento del Tribunal Arbitral se refiere a la inclusión expresa de la posibilidad de que las partes hayan acordado que el tribunal arbitral esté compuesto de un número de árbitros distinto de uno o tres. Para estos casos, el nuevo artículo 10.2 del Reglamento indica simplemente que dichos árbitros serán nombrados por el método acordado entre las partes.

15. PAULSSON y PETROCHILOS, pp. 47 y 48

16. Caso CCI n° 5836, *Sociétés Siemens & BKM v Société Dutco*.

17. WHITESELL, Anne Marie y SILVA-ROMERO, Eduardo. "Multiparty and Multicontract Arbitration: Recent ICC Experience". En: ICC Bulletin, Special Supplement - Complex Arbitration, 2003.

El Informe PAULSSON y PETROCHILOS contemplaba una cláusula de cierre para estos supuestos, de tal manera que si el tribunal arbitral no estaba constituido en 90 días desde la recepción de la solicitud de arbitraje, cualquiera de las partes podría solicitar a la autoridad nominadora que realizara los nombramientos necesarios. Sin embargo, esta propuesta finalmente no ha sido recogida en el nuevo Reglamento.

Por último, son de destacar dos cláusulas de cierre incluidas en el nuevo Reglamento, que aseguran la correcta constitución del tribunal arbitral:

- (i) En caso de que la autoridad nominadora se negara a actuar o no realizara el nombramiento en plazo, o incumpliera cualquier otro plazo previsto en el Reglamento, cualquiera de las partes podrá solicitar al Secretario General del TPA que designe otra autoridad nominadora en sustitución de la primera¹⁸.
- (ii) En caso de que por cualquier causa no se consiga constituir el tribunal arbitral con arreglo al Reglamento, la autoridad nominadora, a instancia de cualquiera de las partes, constituirá el Tribunal Arbitral y al hacerlo podrá revocar todo nombramiento ya realizado y designar al presidente del tribunal arbitral¹⁹.

3.2 Estatuto del tribunal arbitral

En lo referente al estatuto de los árbitros, el nuevo Reglamento introduce dos novedades: una declaración modelo de independencia e imparcialidad y la exclusión de responsabilidad de los árbitros.

18. Artículo 6.4 del nuevo Reglamento.

19. Artículo 10.3 del nuevo Reglamento.

3.2.1 Independencia e imparcialidad

El artículo 9²⁰, relativo a la recusación de los árbitros ha sido mejorado en el nuevo Reglamento en dos aspectos:

- (i) Haciendo constar expresamente en el mismo que la obligación de ser imparcial e independiente respecto de las partes debe mantenerse a partir de su nombramiento y a lo largo de todo el procedimiento.
- (ii) Proporcionando una guía sobre el contenido de la declaración de independencia e imparcialidad, a través de dos modelos de declaraciones proporcionadas por el propio Reglamento, una para cuando el árbitro no tenga nada que declarar y otra cuando el árbitro tenga datos a declarar relativos a la relación profesional, comercial o de otra índole mantenida en el pasado o en el presente con alguna de las partes.

La introducción de las declaraciones modelo de independencia estaba ya contemplada en el Informe PAULSSON y PETROCHILOS²¹ que, además, imponía al árbitro la obligación de firmar y entregar a las partes la correspondiente declaración de independencia. Finalmente, esta obligación no ha sido trasladada al texto del nuevo Reglamento.

Por último, el nuevo Reglamento también propone en su nuevo artículo 11 la posibilidad de agregar a la declaración de imparcialidad una declaración del árbitro relativa a la disponibilidad del árbitro para el correcto y diligente desempeño de su cargo.

20. Artículo 11 del nuevo Reglamento.

21. PAULSSON y PETROCHILOS, pp. 50 y 51.

3.2.2 Responsabilidad

El nuevo Reglamento contempla asimismo en su nuevo artículo 16 el régimen de responsabilidad de los árbitros. Dicho artículo establece que, salvo en caso de mala práctica intencional²², en la mayor medida que permita la ley aplicable, las partes renuncian a cualquier reclamación contra los árbitros, la autoridad nominadora y cualquier otra persona designada por el tribunal arbitral por actos u omisiones relacionados con el procedimiento arbitral.

En este sentido, en el Informe PAULSSON y PETROCHILOS²³ ya se ponía de manifiesto la ausencia de provisiones relativas a la responsabilidad de los árbitros, lo que suponía una evidente laguna en el texto del Reglamento de 1976. No obstante, la pregunta era si esta cuestión debía ser resuelta por el Reglamento o por la ley del arbitraje.

En general, los Reglamentos de arbitraje que tratan esta cuestión contienen cláusulas limitadoras de responsabilidad (por ejemplo, por renuncia de las partes a cualquier reclamación), dejando la determinación de la responsabilidad a la ley del arbitraje²⁴.

3.3 Competencia del Tribunal Arbitral

El nuevo artículo 23 del Reglamento²⁵ regula la competencia del tribunal arbitral. En su párrafo primero se enuncian dos principios básicos para la determinación de la competencia de un tribunal arbitral (ya contemplados en la versión del Reglamento de 1976): el de *kompetenz-kompetenz* y el de separabi-

22. *Intentional wrongdoing*, en su versión original en inglés.

23. PAULSSON y PETROCHILOS, pp. 52 y 53.

24. LEW, Julian D. M., MISTELIS, Loukas A. y KNÖLL, Stefan, *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer, 2003. Es el caso, por ejemplo, de los reglamentos de la CCI (artículo 34), de la LCIA (artículo 31.1) y de la American Arbitration Association (AAA, artículo 35).

25. Anterior artículo 21 del Reglamento.

lidad de la cláusula arbitral. Es en los párrafos segundo y tercero de dicho artículo donde encontramos las novedades:

- (i) Una parte no se verá privada del derecho a oponer la excepción de incompetencia del tribunal arbitral por haber designado o participado en la designación de un árbitro. Esta provisión favorece claramente la cooperación de la parte que opone la excepción en la constitución del tribunal arbitral sin que dicha cooperación perjudique su excepción.
- (ii) La excepción de incompetencia basada en que el tribunal arbitral ha rebasado los límites su mandato deberá oponerse tan pronto como la materia de que se trate se plantee durante las actuaciones arbitrales.
- (iii) El tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar laudo, sin perjuicio de cualquier impugnación de su competencia pendiente ante la jurisdicción.

Los dos primeros puntos estaban expresamente contemplados en el Informe PAULSSON y PETROCHILOS²⁶, del que han tomado su redacción literal, no así el último de los puntos. PAULSSON y PETROCHILOS se basaron en el artículo 16 de la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL para elaborar su proposición de nuevo artículo 23 del Reglamento.

Por último, indicar que, en relación con el punto (iii) de los indicados arriba, PAULSSON y PETROCHILOS propusieron inicialmente que las impugnaciones de la competencia del tribunal arbitral ante la jurisdicción sólo pudieran hacerse después de la emisión por parte del tribunal arbitral de su laudo sobre jurisdicción, en concordancia con el artículo 16.3 de la Ley Modelo de Arbitraje de UNCITRAL. No obstante, dicha propuesta finalmente no fue aceptada, por no ser acorde con algunas legislacio-

26. PAULSSON y PETROCHILOS, pp. 97 a 99.

nes nacionales que permiten impugnar la competencia de un tribunal arbitral incluso antes de que éste haya sido constituido, como por ejemplo, el Código de Procedimiento Civil Alemán.

4. MEDIDAS CAUTELARES

El nuevo Reglamento contempla ciertas modificaciones de calado en el artículo 26, relativo a las medidas cautelares que, por cierto, mantiene su numeración. En efecto, esta nueva regulación de las medidas cautelares en el Reglamento es mucho más sofisticada y adaptada a la práctica arbitral que la contemplada en el Reglamento de 1976. Cabe destacar los siguientes aspectos de esta nueva regulación, tomados directamente del Informe PAULSSON y PETROCHILOS²⁷:

- (i) Se contempla un listado ejemplificativo de las distintas medidas cautelares que pueden adoptarse. De esta manera, se evita la discusión en torno a si los tipos de medidas cautelares a disposición del tribunal arbitral deben determinarse con referencia a una legislación en particular o configurarse como un concepto legal autónomo. Por otra parte y como se verá, se trata de medidas tendentes no sólo a preservar la posición jurídica de la parte, sino también la integridad del procedimiento arbitral.
- (ii) Se establecen los requisitos que debe satisfacer toda solicitud de medidas cautelares.
- (iii) Se contempla la posibilidad de exigir caución a la parte solicitante.

Así, las medidas cautelares que puede ordenar el tribunal arbitral, listadas expresamente en el nuevo Reglamento, son las siguientes:

27. PAULSSON y PETROCHILOS, pp. 108 a 112.

- (i) Mantener o restablecer el statu quo en espera de que se dirima la controversia.
- (ii) Adoptar medidas para impedir algún daño actual o inminente, o el menoscabo del procedimiento arbitral, o abstenerse de llevar a cabo actos que puedan ocasionar dicho daño o menoscabo.
- (iii) Proporcionar los medios necesarios para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo.
- (iv) Preservar elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

Por último, la parte solicitante de la medida cautelar debe probar la concurrencia de las siguientes circunstancias:

- (i) Que, de no otorgarse la medida solicitada es probable que se produzca algún daño, no resarcible adecuadamente mediante una indemnización, que sea notablemente más grave que el que pueda sufrir la parte afectada por la medida, caso de ser ésta otorgada (*periculum in mora*).
- (ii) Que existe una posibilidad razonable de que su demanda sobre el fondo del litigio prospere (*fumus boni iuris*). La determinación del tribunal arbitral respecto de dicha posibilidad no prejuzgará en modo alguno la decisión final que pueda alcanzar dicho tribunal en su laudo sobre el fondo.

5. LA FASE DE INSTRUCCIÓN

Una de las modificaciones de mayor relevancia relativas a la fase de instrucción del procedimiento arbitral la encontramos

en el artículo 27.2 del nuevo Reglamento²⁸. En dicho artículo se permite expresamente que las partes del arbitraje puedan depone-
ner como testigos o peritos.

Esta posibilidad fue propuesta por PAULSSON y PETROCHILOS en su Informe²⁹, al objeto de definir lo que debía entenderse por "testigo" y "perito". Para ello, PAULSSON y PETROCHILOS se basaron en el artículo 20.7 del Reglamento de Arbitraje de la LCIA, que considera testigo cualquier persona que vaya a testificar ante un Tribunal Arbitral, aunque dicha persona sea parte en el arbitraje, o haya sido o sea dirigente, ejecutivo, empleado o accionista de alguna de las partes.

No obstante lo anterior, lo cierto es que esta nueva regulación puede plantear algún problema en su aplicación ya que mientras que en jurisdicciones con tradición *common law* es común que una parte sea llamada como testigo, las jurisdicciones con tradición *civil law* son reacias a aceptar testimonios de la parte o de personas que, por su relación con las partes, pueden tener un interés económico o de otro tipo en el resultado del arbitraje. PAULSSON y PETROCHILOS justifican esta modificación en el hecho de que es el tribunal arbitral el que dirige el procedimiento³⁰ y, por tanto, debería poder decidir sobre la práctica de vistas, la forma, los asuntos a tratar, etc. Este criterio nos parece acertado y plenamente acorde con la mejor práctica de arbitraje internacional.

Otra de las novedades introducidas es la relativa a la posibilidad de que las partes objeten respecto de las calificaciones, la imparcialidad o la independencia del perito designado por el tribunal arbitral, antes de que éste acepte su nombramiento³¹.

28. Anterior artículo 24.

29. PAULSSON y PETROCHILOS, pp. 103 y 104.

30. En virtud del artículo 17.1, anterior artículo 15.1 del Reglamento.

31. Artículo 29 del nuevo Reglamento, anterior artículo 27.

Por otra parte, indicar que el nuevo Reglamento no contempla previsión alguna, como sí lo hacía el texto de 1976, relativa al idioma en el que se practicarán las testificales o a los medios necesarios para la traducción de las mismas.

Ya por último, en cuanto a la prueba documental, PAULSSON y PETROCHILOS propusieron en su Informe que se incluyeran determinadas limitaciones a la aportación de documentos por las partes³², como los casos en que debe protegerse la confidencialidad o en que exista un impedimento legal. No obstante, estas limitaciones no han sido finalmente trasladadas al texto del nuevo Reglamento.

6. EL LAUDO

En cuanto a la regulación sobre el laudo, contenida en los artículos 33 y 34 del nuevo Reglamento³³, destacan precisamente las modificaciones que finalmente no se han implementado, a saber: (i) no se contempla que el voto del presidente del tribunal arbitral sea dirimente; (ii) no se establece que las deliberaciones del tribunal arbitral sean secretas; y (iii) se eliminan las referencias a los laudos "provisionales, interlocutorios y parciales".

6.1 No se contempla que el voto del presidente del tribunal arbitral sea dirimente

El nuevo Reglamento sigue contemplando las decisiones del tribunal arbitral por mayoría. No obstante, no se establece el que el voto del presidente del tribunal arbitral sea dirimente, propuesto en el Informe PAULSSON y PETROCHILOS³⁴ en el que, además, se constata la posibilidad real de que el tribunal arbitral quede bloqueado en sus votaciones. Para ello PAULSSON y

32. Artículo 27.3 del nuevo Reglamento, anterior artículo 24.3.

33. Anteriores artículos 31 y 32.

34. PAULSSON y PETROCHILOS, pp. 125 a 128.

PETROCHILOS ponen como ejemplo el asunto *RAKTA*³⁵, en el que cada co-árbitro tenía una opinión, distintas entre sí y de la del presidente del tribunal arbitral, que fue finalmente la que prevaleció. El voto dirimente del presidente está también contemplado en los principales reglamentos de arbitraje³⁶.

PAULSSON y PETROCHILOS también destacan que en los trabajos preparatorios del Reglamento se consideró la posibilidad de que el presidente del tribunal arbitral pudiera dictar un laudo solo, para evitar que estuviera forzado a llegar a un acuerdo sobre una solución jurídicamente dudosa³⁷. No obstante, esta solución se descartó por temor a que los co-árbitros pudieran ser marginados o se convirtieran en meros "asesores".

6.2 No se establece el secreto de las deliberaciones del tribunal arbitral

Por otra parte, tampoco se contempla que las deliberaciones del tribunal arbitral sean secretas, como así se propuso por PAULSSON y PETROCHILOS en su Informe³⁸. En este sentido, PAULSSON y PETROCHILOS consideran que el secreto de las deliberaciones del tribunal arbitral es un principio cardinal del arbitraje internacional. Como tal, dicho principio está garantizado en la mayoría de los reglamentos de arbitraje modernos³⁹.

6.3 Se eliminan las referencias a los laudos "provisionales, interlocutorios y parciales"

Por último, es asimismo significativo que se han eliminado del Reglamento las referencias a los laudos "provisionales, inter-

35. Asunto CCI 1703/1971.

36. *Ibid.*, por ejemplo, artículos 26.3 del reglamento de la LCIA, 61 del reglamento del WIPO, 31 del reglamento de las Cámaras de Comercio de Suiza, y 28 del reglamento IACAC.

37. Sexta Nota de la Secretaría de UNCITRAL, UN Doc. A/CN.9/263.

38. PAULSSON y PETROCHILOS, p. 130.

39. *Ibid.*, por ejemplo, artículos 34 del reglamento de la AAA, 76 del reglamento del WIPO, 30.2 del reglamento de la LCIA y 43.2 del reglamento de las Cámaras de Comercio de Suiza.

locutorios y parciales” contenidos en el antiguo artículo 32.1. De esta forma, el artículo 34.2 del nuevo Reglamento indica simplemente que el tribunal arbitral podrá dictar laudos separados sobre diferentes materias en diferentes etapas del procedimiento, evitando dar calificativos a dichos laudos. Calificativos que, por otra parte, resultan muchas veces confusas y pueden solaparse entre sí en su significado. La intención es pues otorgar al tribunal arbitral el margen más amplio posible para resolver la disputa de la manera más eficiente posible

7. LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Otra de las modificaciones más significativas es la relativa a la intervención de terceros como partes en el arbitraje. En este sentido, el nuevo artículo 17.5 establece que el tribunal arbitral podrá, a instancia de cualquier parte, permitir que uno o más terceros intervengan como partes en el arbitraje, siempre que el tercero invitado sea parte en el convenio arbitral. Todo ello salvo que el tribunal arbitral entienda, tras oír a las partes y al tercero que dicha intervención puede resultar perjudicial para alguna de las partes. Dicho artículo establece asimismo que el tribunal arbitral podrá dictar uno o más laudos respecto de todas las partes que intervengan en el arbitraje. En definitiva y como demuestra la práctica arbitral, resolver todas las disputas en un mismo procedimiento en lugar de llevar a cabo dos procedimientos arbitrales sucesivos contribuye a una mayor eficiencia del procedimiento⁴⁰.

Esta modificación está también inspirada en la propuesta de PAULSSON y PETROCHILOS al respecto⁴¹. Como indican estos autores, el interés en la eficiencia del arbitraje hace necesario que un tercero, como por ejemplo, una compañía aseguradora, o un

40. WIRTH, Markus, p. 10.

41. PAULSSON y PETROCHILOS, pp. 73 a 75.

subcontratista, se sume al procedimiento. Por último, indicar que, por ejemplo, tanto el reglamento de la LCIA⁴² como el reglamento de arbitraje de las cámaras de comercio de Suiza⁴³ también contemplan expresamente esta posibilidad.

8. OTROS CAMBIOS RELEVANTES INTRODUCIDOS EN EL NUEVO REGLAMENTO

8.1 Eficiencia y control de costes

El nuevo Reglamento contiene varias referencias expresas al *desiderátum* de los usuarios del arbitraje, consistente en poder controlar tanto los tiempos como los costes que el procedimiento conlleva para las partes. En este sentido, por ejemplo, el Reglamento establece lo siguiente:

- (i) En el artículo 17.1 del nuevo Reglamento⁴⁴, al regular las disposiciones generales del procedimiento arbitral, se establece que el tribunal arbitral, en el ejercicio de su discrecionalidad, dirigirá las actuaciones con miras a evitar demoras y gastos innecesarios. En este sentido, el Informe PAULSSON y PETROCHILOS⁴⁵ contemplaba incluso la posibilidad de que el tribunal arbitral tuviera en cuenta los incumplimientos de estas directrices por las partes a efectos de la imposición de costas. No obstante, esta propuesta no ha sido finalmente acogida.
- (ii) Por otra parte, el artículo 40 del nuevo Reglamento⁴⁶ contempla los conceptos que comprende el término "costas". Dicho término incluye, entre otras cosas, los gastos

42. Artículo 22.1 h).

43. Artículo 4.1.

44. Anterior artículo 15.

45. PAULSSON y PETROCHILOS, p. 65.

46. Anterior artículo 38.

de viaje de los árbitros y testigos y los gastos del asesoramiento pericial requerido por el tribunal arbitral. Pues bien, el nuevo Reglamento incluye la palabra "razonable" detrás de cada uno de estos conceptos. Tal y como indicaban PAULSSON y PETROCHILOS en su Informe⁴⁷, se trata de un útil recordatorio para los árbitros, que deben actuar a lo largo de todo el procedimiento arbitral de manera eficiente en todos los sentidos, incluido por supuesto el económico.

8.2 Calendario provisional del procedimiento

El artículo 17.2 del nuevo Reglamento⁴⁸ establece que el tribunal arbitral, en cuanto esté en condiciones de hacerlo tras su constitución y después de invitar a las partes a expresar sus opiniones, fijará el calendario provisional del arbitraje. Asimismo, se establece que el tribunal arbitral podrá, en todo momento, tras invitar a las partes a expresar su parecer, prorrogar o abreviar cualquier plazo establecido en el Reglamento o acordado por las partes.

También está inspirada esta inclusión en el Informe PAULSSON y PETROCHILOS⁴⁹, donde se subraya además la importancia de las reuniones preparatorias en la práctica arbitral, especialmente en arbitrajes internacionales complejos.

8.3 Ley aplicable

El artículo 35.1 del nuevo Reglamento⁵⁰ establece la manera en que el tribunal arbitral debe determinar la ley aplicable a la controversia en defecto de acuerdo entre las partes al respecto.

47. PAULSSON y PETROCHILOS, p. 148.

48. Anterior artículo 15.

49. PAULSSON y PETROCHILOS, pp. 66 y 67.

50. Anterior artículo 33.1.

En la redacción de 1976, dicho artículo establecía que los árbitros debían aplicar la ley que determinaran las normas sobre conflicto de leyes que los propios árbitros consideraran de aplicación.

Pues bien, en su nueva redacción, el artículo relativo a la ley aplicable establece simplemente que, en defecto de pacto, el tribunal arbitral aplicará la ley que estime apropiada, eliminándose la referencia a las normas sobre conflicto de leyes prevista en la redacción anterior. Este criterio es más acorde con las legislaciones modernas sobre arbitraje, que eluden la aplicación de las normas sobre conflicto de leyes.

8.4 Uso de la tecnología

Una de las modificaciones del Reglamento menos controvertidas tiene que ver con la adecuación de las prácticas procesales a la tecnología, inspirándose para ello en la Ley Modelo de UNCITRAL sobre el comercio electrónico, así como en las últimas revisiones de la Ley Modelo de UNCITRAL de Arbitraje.

Así, el nuevo Reglamento prevé expresamente la posibilidad de entrega de escritos y documentos del procedimiento arbitral vía e-mail o por cualquier otro medio que permita dejar constancia de su transmisión⁵¹, en línea con la realidad de la práctica arbitral contemporánea. También se contempla expresamente la posibilidad del uso de la videoconferencia o la conferencia telefónica para la práctica de testificales y el interrogatorio de peritos⁵².

51. Artículo 2.1 del nuevo Reglamento.

52. Artículo 28.4 del nuevo Reglamento.

8.5 Otras modificaciones que afectan al procedimiento arbitral

Otras modificaciones destacables que afectan al procedimiento arbitral serían las siguientes:

- (i) El nuevo Reglamento tiende a referirse a "relación jurídica", "instrumento legal", ya sea contractual o no, más que al contrato en sí, al señalar la causa de la controversia⁵³.
- (ii) La referencia al convenio arbitral es más genérica en el nuevo Reglamento. Mientras que antes se refería a ella como "*cláusula arbitral o acuerdo arbitral separado*", ahora simplemente se refiere a la misma como "*acuerdo de arbitraje*"⁵⁴.
- (iii) El nuevo artículo 5⁵⁵, relativo a la representación y asesoramiento, establece como novedad que cuando una persona vaya a actuar como representante de una parte, el tribunal arbitral podrá exigir, en cualquier momento, por iniciativa propia o a instancia de parte, que se presente prueba del poder conferido al representante, en la forma que el tribunal estime oportuna.
- (iv) El nuevo artículo 30⁵⁶, sobre rebeldía, establece como novedad en su punto 1.b) que la falta de presentación de la respuesta a la notificación del arbitraje o de la contestación a la demanda arbitral no se considerará en sí misma una aceptación de las alegaciones del demandante. Con esta previsión se pretende que el tribunal arbitral tenga algo de discreción a este respecto⁵⁷.

53. Artículos 1.1 y 3.3 del nuevo Reglamento.

54. Artículo 3.3 del nuevo Reglamento.

55. Anterior artículo 4.

56. Anterior artículo 28.

57. PAULSSON y PETROCHILOS, pp. 117 y 118.

9. CONSIDERACIONES FINALES

El nuevo texto del Reglamento aborda, como hemos visto, asuntos de gran importancia para la práctica arbitral internacional, como son por ejemplo la respuesta a la solicitud de arbitraje, la constitución del tribunal arbitral y su estatuto, las medidas cautelares, la fase de instrucción y la intervención de terceros en el procedimiento arbitral. No obstante lo anterior, lo cierto es que hay determinados aspectos que no han quedado resueltos en la presente revisión, como son, por ejemplo una regulación algo más específica para su aplicación a los arbitrajes de inversión.

Sin embargo, consideramos que se ha logrado un equilibrio: una revisión profunda y omnicomprendensiva podría dejar de lado el espíritu del texto original del Reglamento y podría haber hecho aún más complicado el consenso de cara a su aprobación, lo que hubiera postergado aún más su entrada en vigor. En definitiva, se ha optado por ejercitar la virtud de la prudencia y por aplicar la máxima *if ain't broke, don't fix it*.

Presente y Futuro del Arbitraje Comercial en el Ecuador: Hacia una nueva ley

César Coronel Jones

SUMARIO

1. Introducción. 2. Principales defectos de la ley vigente. 3. Hacia una Nueva Ley. 4. Innovaciones.

1. INTRODUCCIÓN

El arbitraje comercial ha tenido un tímido desarrollo durante los casi tres lustros de vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación promulgada en septiembre de 1997.

Los principales centros de arbitraje del país solo administran un promedio de 80 casos al año¹ cada uno, cifra bajísima comparada con el promedio de causas civiles y comerciales que ingresan anualmente a los juzgados ordinarios².

Además, los litigios arbitrales no han logrado escapar del todo a ciertos vicios que aquejan severamente a los litigios judiciales, a saber, el ritualismo, el abuso de los incidentes, la beligerancia procesal y la renuencia a acatar las órdenes y decisiones de los árbitros.

1. De acuerdo con las estadísticas del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito se llevaron a cabo 118 arbitrajes en el año 2009 y 75 arbitrajes en lo que va del 2010.
2. En la Corte Provincial de Pichincha se registraron 3,443 causas sorteadas materia civil ordinaria en el año 2009 y 2,408 causas en lo que va del 2010; www.funcionjudicial-pichincha.gov.ec.

Sin embargo, no todo es negativo. Han existido ciertos avances: celeridad, virtual inexistencia de corrupción imputable a los juzgadores, y mejor calidad de las decisiones o laudos en comparación con las sentencias judiciales. Y esto ya es algo.

Como fenómeno complejo, en el que intervienen múltiples factores –cultura jurídica, ley, centros arbitrales, árbitros, abogados, jueces–, el arbitraje debe ser evaluado considerando todos esos elementos.

Una evaluación así de exhaustiva escapa, no obstante, al alcance de este trabajo. Sin pretender simplificar exageradamente, ni tampoco abandonar mis críticas al fetichismo jurídico de creer que se puede cambiar la realidad con solo expedir nuevas leyes, voy a dedicar estas líneas al análisis de algunos aspectos de la Ley de Arbitraje y Mediación en actual vigencia (LAM) que estimo han influido negativamente en esta problemática y que en mi opinión hacen necesaria la expedición de una nueva ley. Referiré, asimismo, algunas innovaciones incluidas en un anteproyecto de ley inspirado en la ley modelo de UNCITRAL y las modernas leyes de República Dominicana (2009), Perú (2008) y España (2003), que está siendo discutido ya en el Instituto Ecuatoriano de Arbitraje.

2. PRINCIPALES DEFECTOS DE LA LEY VIGENTE

En primer lugar, se aprecia una falta de claridad conceptual respecto de la naturaleza del arbitraje y, concretamente, de la flexibilidad que debe caracterizar al procedimiento arbitral.

Siendo el arbitraje una institución de origen eminentemente contractual, lo pertinente es conferir amplia libertad a las partes para que ellas mismas acuerden las reglas de procedimiento, que deleguen esta tarea a los árbitros o las dejen libradas a las reglas de la institución arbitral que hayan escogido. Ningún

inconveniente existe para ello en la medida que se respeten los principios del debido proceso, como son el derecho de defensa, contradicción e igualdad procesal³.

Varias normas de la LAM, y en especial los artículos 2, 37 y 38, generan dudas de que se haya dado a las partes esta facultad de escoger el procedimiento.

El artículo 2 señala que el arbitraje administrado se debe desarrollar con sujeción a dicha ley y a las normas y procedimientos expedidos por un centro de arbitraje, mientras que el arbitraje independiente se debe realizar conforme a lo que las partes pacten con arreglo a dicha ley. Como se aprecia hay un cierto titubeo en declarar expresa y abiertamente que el procedimiento puede ser determinado exclusivamente por las partes en forma directa o por referencia a las normas de un centro arbitral. Pero esa timidez se torna en nefasta ambigüedad en el artículo 37 al disponer que en todo lo que no esté previsto en la ley se apliquen supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil, Código de Comercio u otras leyes conexas "siempre que se trate de arbitraje en derecho".

En primer lugar, si la ley faculta a que las partes o los árbitros determinen el procedimiento, es innecesario e impertinente establecer supletoriedad de tales códigos "en todo lo que no esté previsto en la ley". Por otra parte ¿qué sentido tiene distinguir, en esta materia entre arbitraje en derecho y arbitraje en equidad? Sostengo que hay nefasta ambigüedad, pues al disponerse que sean supletorias las normas del procedimiento civil en aquello que "no esté previsto", se induce a pensar que la LAM tiene como una de sus funciones regular el procedimiento en materia arbitral y ello ni es así, ni corresponde a la naturaleza del arbitraje, que se caracteriza por la flexibilidad procesal. Lamentablemente, (varias normas de la LAM regulan asuntos procedimentales con carácter que pareciera imperativo.

3. Coronel Jones, César, Arbitraje y Procedimiento: El Arbitraje en Perú y el Mundo; Ediciones Magna; 2008; pp. 365-373.

Lamentablemente la falta de claridad se acentúa en el artículo 38 que dispone que el arbitraje se sujetará (parecería que facultativamente) a las normas de procedimiento señaladas en dicha ley, al establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, pero agrega inopinadamente "sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables".

Para confirmar la falta de claridad conceptual y agravar el problema, la LAM contiene una serie de normas procesales, que parecerían de naturaleza imperativa, las cuales, además, dan un tratamiento deficiente a los aspectos que abordan. Veamos algunos de ellos:

- a) El artículo 10 determina el contenido mínimo de la demanda con mayor precisión aun que el Código de Procedimiento Civil y exige que se adjunten las pruebas y se solicite la práctica de diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en la demanda. Además dispone que se presente ante el director del centro de arbitraje correspondiente, asumiendo así que todos los centros deben contar con un director y no pueden usar otra estructura interna de funcionamiento.
Nos parece inadecuada esta disposición por cuanto debiera facilitarse que ante el surgimiento de una controversia se pueda presentar de inmediato la respectiva demanda y promover la integración del tribunal arbitral, sin perjuicio de que la demanda pueda luego ser ampliada y complementada.
- b) En el mismo sentido, el artículo 13 pone límites a las posibilidades de modificación de la demanda y señala brevísimos términos de 5 y 3 días para ello, lo que merece similar observación a la expresada en el párrafo anterior.
- c) El artículo 11 se ocupa de reglamentar la citación y contestación de la demanda y señala breves términos para ello, cuando eso es algo que bien podría quedar librado a la decisión de los reglamentos de los centros o institu-

- ciones arbitrales y respecto de lo cual debería haber una cierta flexibilidad que privilegie el adecuado ejercicio del derecho de defensa de las partes. La norma de la LAM parece responder a la ilusión del legislador ecuatoriano de creer que con la reducción de los términos se puede lograr celeridad en los procesos, lo que ha sido criticado acertadamente por los tratadistas del derecho procesal⁴.
- d) El artículo 15, en mi opinión, mezcla indebidamente la mediación con el arbitraje y establece todo un procedimiento para que después de citada la demanda se lleve a cabo una audiencia de mediación. Es inapropiado que se obligue a las partes acudir a mediación cuando ellas han optado por la vía arbitral. Lo habitual es que se busque arbitrar precisamente cuando la mediación o negociación directa han fracasado. Por lo demás siempre es posible llevar a cabo un proceso de mediación en forma paralela o suspendiendo los términos del arbitraje cuando las partes así lo desean, dada la naturaleza voluntaria de la mediación.
 - e) El artículo 16 impone que a falta de acuerdo sobre la designación de los árbitros se debe practicar un sorteo con fórmulas rituales innecesarias. Esta es también una materia que se debiera dejar librada a la reglamentación de cada institución. La especialidad y disponibilidad de tiempo de los árbitros y el conocimiento que de ello tengan los respectivos centros o instituciones arbitrales bien podrían servir para plantear fórmulas más eficientes que el sorteo.
 - f) El artículo 17 impone un número fijo de árbitros, un término fijo para que acepten o no el cargo y finalmente llega a reglamentar detalles como ante quien deben tomar posesión de su cargo y a disponer que se sienta un acta de las designaciones de presidente y secretario del tribunal. Se trata de otra norma poco adecuada.

4. Traya Cevallos, Alfonso; Elementos del Derecho Procesal Civil; Ediciones Universidad Católica; 1976; Tomo I pp. 152 y 153.

- g) La fórmula de reemplazo de árbitros prevista en el artículo 20 merece las mismas observaciones efectuadas al artículo 16.
- h) El artículo 29 impone el rito de que se convoque a una audiencia en la que se dé lectura al laudo y se entregue copia a cada una de las partes. En la era de la informática en que vivimos, cuando arbitrajes completos se llevan a cabo por vía electrónica, es inadmisibles que nuestra ley siga imponiendo, con aparente carácter imperativo, estas formalidades insustanciales que consumen tiempo y esfuerzos innecesariamente.
- i) Aunque no se trata de una disposición típicamente procesal, conviene comentar el artículo 4 que trata de la capacidad para acudir al arbitraje y cuya letra C dispone que las entidades del sector público para someterse al arbitraje deben determinar en el convenio arbitral la forma de selección de los árbitros. Esta norma, también de corte formalista, lejos de aportar algún elemento significativo, siembra dudas sobre la eficacia de pactos arbitrales de entidades públicas en los que se deja librada a las respectivas instituciones arbitrales la reglamentación sobre la designación de los árbitros, cuando es claro que la forma de designación de estos puede acordarse expresamente o por referencia a un reglamento arbitral.

Un **segundo tipo** de problemas tiene que ver con la insuficiente reglamentación de la acción de nulidad. Las causales son insuficientes y están redactadas con ambigüedad. Varias de ellas se refieren más al procedimiento arbitral que al laudo mismo y es significativo relevar que no se incluye como tal la violación al orden público interno.⁵ Además, el término de 10 días para interponer la acción nos parece injustificadamente breve y debiera extenderse al menos al doble.

5. Sobre este aspecto vale citar una reciente sentencia de la Corte Constitucional en la que se manifiesta que las causales de nulidad de una sentencia no son solo aquellas que se incluyen en la ley sino que pueden haber otras por violaciones a la Constitución. Sentencia No. 033-10-SEP-CC; Registro Oficial Suplemento N° 258; Martes 17 de Agosto del 2010; p. 29.

Pero lo más grave es que no se ha determinado cuál es el trámite que debe seguirse para resolver sobre la acción. No hay término para contestar la demanda, no hay claridad sobre si los árbitros son o no parte del juicio, de si es o no posible plantear incidentes, si habrá período de prueba y qué tipo de recursos existen respecto de la decisión.

La ley se limita a señalar que el juez competente, el Presidente de la Corte Provincial respectiva, debe resolver dentro de 30 días, lo cual es virtualmente imposible a menos que se tramite la acción asimilándola a un recurso. Son varios los casos en que los tribunales de justicia se han pronunciado sobre este tipo de acciones y lo han hecho de manera muy diversa.⁶

Ante la falta de señalamiento de trámite en la ley y tratándose de una controversia judicial, resulta aplicable el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil, que ordena que toda controversia que no tiene un procedimiento especial se ventile en juicio ordinario. Sin embargo los precedentes judiciales al respecto no son para nada pacíficos ni concordantes.

En el más significativo pronunciamiento, el ex Presidente de la Corte Superior de Quito, Dr. Patricio Carrillo Dávila, declaró la inaplicabilidad del artículo 59 del CPC estimando que este resultaría contrario a los principios de celeridad y eficacia y que de la disposición del artículo 31 de la LAM se desprende que el trámite es especial y sumárisimo⁷.

Por su parte la Corte Constitucional, al conocer sobre tal declaratoria de inaplicabilidad, la dejó sin efecto y dijo que nada tenía de inconstitucional el artículo 59 y en su análisis del caso sostuvo que el artículo 31 si ha previsto un procedimiento para

6. Algunos precedentes jurisprudenciales: Iglesia Mormona Vs. Urdesa, Sentencia de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional del 2 de diciembre de 1998 en el Caso No. 758-98-RA; La Gunga Rca. Cía. Ltda Vs. Colonial Compañía de Seguros y Reajustes S.A., Gaceta Judicial, Año CII, Serie XVII, No. 7, Página 1909; NEDETEL Vs. PACIFICTEL, Resolución de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del 20 de Agosto de 2007.

7. Ver en este sentido la Resolución de la Corte Constitucional en el Registro Oficial Suplemento 605 de 4 de Junio del 2009, Caso No. 0008-2008-DI, Juez Ponente: Dr. Hernando Morán Vinuesa.

conocer este tipo de acciones y que este es un procedimiento especial. La realidad, sin embargo, es que siguen vigentes preguntas puntuales sobre el trámite que debe darse a tal acción: ¿Habrá término de prueba?, ¿Se pueden plantear recursos respecto de la decisión? ¿Cabe el recurso extraordinario de casación?

Un tercer grupo de asuntos problemáticos tiene que ver con las medidas cautelares.

El artículo 9 dispone que los árbitros puedan dictarlas de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso y que para su ejecución, si las partes así lo hubieran estipulado en el convenio, los árbitros puedan solicitar el auxilio de funcionarios públicos judiciales y administrativos.

La norma resulta claramente insuficiente. Por un lado la redacción defectuosa insinúa que la actividad de los jueces se debe limitar a la ejecución de las medidas cautelares y no a ordenarlas, que es lo más importante, sobre todo cuando aún no esté integrado el tribunal arbitral.

Por otra parte, se reitera la referencia a las normas del Código de Procedimiento Civil y aunque se agrega "o las que se consideren necesarias para cada caso" (refiriéndose a las normas), queda en falta nuevamente un expreso reconocimiento a la flexibilidad procesal y a la amplia potestad que los árbitros deben tener para ordenar este tipo de medidas, que no debiera limitarse a ordenar las previstas en el mencionado Código sino incluir también disposiciones de no innovar y mantener el statu quo en situaciones controvertidas.

Un cuarto punto es con respecto al reconocimiento de laudos internacionales la LAM es, en cambio, extremadamente expeditiva. El inciso final del artículo 42 dice que estos tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los

laudos nacionales los cuales a su vez según el artículo 32 tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutan del mismo modo que las sentencias de última instancia.

Si bien es loable el propender a la ágil ejecución de los laudos internacionales, sería recomendable contar con un trámite de homologación o reconocimiento para prevenir eventuales infracciones al orden público ecuatoriano. En este sentido el procedimiento previsto en el Código Orgánico de la Función Judicial para el reconocimiento de las sentencias extranjeras asignado a la sala especializada de la Corte Provincial respectiva resulta una buena alternativa⁸. Téngase presente que incluso la convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales, prevé como una posible causa para negar dicho reconocimiento la violación del orden público interno⁹.

3. HACIA UNA NUEVA LEY

Si se quiere impulsar seriamente el desarrollo del arbitraje comercial en el Ecuador, es necesario plantearse la conveniencia de expedir una nueva ley de arbitraje en la cual se aborden con frontalidad los principios fundamentales que rigen esta materia. A raíz de la celebración en Guayaquil del seminario-taller sobre Arbitraje con el Sector Público, co auspiciado por la Cámara de Comercio de Guayaquil y la Procuraduría General del Estado en el mes de agosto de 2009, he dirigido la preparación de un primer anteproyecto de ley de arbitraje, cuyas principales características detallo a continuación de estas líneas con la aspiración de incentivar el debate público pertinente.

8. Art. 143.- RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS.- El conocimiento de las causas para el reconocimiento u homologación de las sentencias extranjeras, corresponderá a la sala de la corte provincial especializada en razón de la materia del distrito del demandado. Una vez ejecutoriada la sentencia que declare el reconocimiento u homologación de la sentencia extranjera, la ejecución de la misma corresponderá a la jueza o el juez de primer nivel del domicilio del demandado, competente en razón de la materia.
9. Art. V número 2.- También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:
b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país.

PROPÓSITO:

El propósito es que la nueva ley se ajuste a la Ley Modelo de UNCITRAL y a experiencias exitosas de países con cultura jurídica similar como España, Perú y República Dominicana. Esto tiene la ventaja de poder aprovechar las experiencias de estas otras jurisdicciones.

Se ha procurado superar las confusiones conceptuales, omisiones o insuficiencias de la actual ley como por ejemplo:

- a) La mezcla indebida del arbitraje y la mediación.
- b) La ambigüedad sobre la libertad de las partes para establecer el procedimiento de manera directa o por referencia o delegación a los árbitros o centros arbitrales.
- c) La supletoriedad del Código de Procedimiento Civil, que es atentatoria contra la flexibilidad procesal.
- d) El carácter aparentemente imperativo y lo inapropiado de varias normas procesales, lo cual, aunado con la cultura jurídica literalista y formalista, obstruye el desarrollo del arbitraje.
- e) La defectuosa regulación de la acción de nulidad, que ni siquiera señala una vía para tramitarla.
- f) La inadecuada normativa de las medidas cautelares, con insuficiencia de facultades a los árbitros y a los jueces respecto de ellas.
- g) La inexistencia de una adecuada normativa sobre el reconocimiento u homologación de laudos internacionales.

4. INNOVACIONES

1. Se procura blindar el arbitraje frente a interferencias externas, especialmente del poder judicial. El artículo 3 del proyecto remarca el principio de independencia del tribunal arbitral y establece que las intervenciones judiciales ilegítimas serán sancionadas disciplinariamente sin perjuicio de la responsabilidad civil.
2. Se aclara y enfatiza el rol prioritario de la voluntad de las partes, la relevancia de los árbitros, centros de arbitraje y sus reglamentos para lograr flexibilidad procesal y coherencia con el origen contractual del arbitraje. Por ejemplo, el artículo 7, inciso penúltimo sobre cláusulas patológicas establece que

“[e]n caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es ad hoc. La misma regla se aplica cuando exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes”.

3. Se limitan las facultades de impugnación del proceso y el laudo arbitral. El Título VI contempla la acción de anulación como único mecanismo de impugnación del laudo por las causales contempladas taxativamente. Contra el laudo firme no cabe recurso alguno y produce efectos de cosa juzgada.
4. Se regula detenidamente el convenio arbitral, su forma, autonomía, eventual extensión a terceros, cláusulas arbitrales en contratos de adhesión y arbitraje testamentario. (Título II, Arts. 11 al 15).

5. Se precisan las relaciones con el poder judicial y los apoyos de este en materia de medidas cautelares, breve tramitación de la excepción de convenio arbitral y derivación de controversias judiciales al arbitraje. (Arts. 15 al 19).
6. Se reglamenta ampliamente la composición del tribunal arbitral (Título III, arts. 20 al 32), confiriéndoles un rol importante a las Cámaras de Comercio. Lo mismo se hace el procedimiento de recusación y la remoción de árbitros por impedimento o por no ejercer sus funciones en plazo razonable.
7. Se confiere amplia flexibilidad a las actuaciones arbitrales señalando principios respecto de competencia, lugar, idioma, forma, pruebas, confidencialidad, colaboración judicial etc. (Título IV, Arts. 33 al 53).
8. Se contempla expresamente la posibilidad de emitir laudos parciales (pluralidad de laudos).
9. Se reglamenta la figura del tribunal trunco para evitar que la falta de participación de uno de sus miembros frene al arbitraje. (Art. 30, números 2 y 3).
10. Se permite a las partes solicitar la exclusión de cualquier aspecto del laudo en que los árbitros se hubieran pronunciado excediéndose de su competencia. (Art. 58).
11. Se limita la posibilidad de anulación del laudo cuando la parte pudo haber subsanado un defecto por la vía de solicitar rectificación, complemento o exclusión. (Art. 63 número 6).
12. Se otorga facultad a los árbitros para ejecutar los laudos, cuando fuere posible y existiere acuerdo de las partes o lo previere el reglamento arbitral respectivo (Art. 68).

César Coronel Jones

El texto del anteproyecto de nueva ley, que se incluye en esta misma obra, recoge estas sugerencias.

LEY DE ARBITRAJE DE ECUADOR

TÍTULO I

DISPOSICIONES GENERALES

ARTÍCULO 1.- ÁMBITO DE APLICACIÓN.- La presente ley se aplicará a los arbitrajes realizados dentro del territorio de la República del Ecuador, sea el arbitraje de carácter nacional o internacional; sin perjuicio de lo establecido en tratados internacionales de los cuales el Estado ecuatoriano sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje.

Las normas de esta ley que se refieran a la excepción de convenio arbitral, a la colaboración judicial: en la presentación de pruebas, en el otorgamiento de medidas cautelares y en la ejecución y reconocimiento de laudos extranjeros, se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de la República del Ecuador.¹

ARTÍCULO 2.- MATERIAS OBJETO DE ARBITRAJE.- Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición y transacción.

Cuando una de las partes sea el Estado, o bien una sociedad, organización o empresa de propiedad o controlada por el Estado, esa parte no podrá invocar prerrogativas o principios de

1. Art. 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y Art. 1 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

soberanía, para sustraerse de las obligaciones emanadas del convenio arbitral.²

ARTÍCULO 3.- PRINCIPIOS Y DERECHOS DE LA FUNCIÓN ARBITRAL.-

1. Los asuntos arbitrales que se rijan por esta ley excluyen la intervención de los jueces comunes, en los casos en que ella lo prevé expresamente.
2. El tribunal arbitral gozará de plena independencia y no estará sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.
3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.
4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante la acción de anulación del laudo contemplado en esta ley. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, será sancionada disciplinariamente sin perjuicio de la responsabilidad civil de los respectivos funcionarios judiciales.³

ARTÍCULO 4.- ARBITRAJE DEL ESTADO E INSTITUCIONES PÚBLICAS.-

1. El estado y las entidades estatales, organismos e instituciones del sector público, así como las empresas públicas

2. Art. 2 de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial (República Dominicana)

3. Art. 3 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

y personas jurídicas creadas por ley, pueden someter a arbitraje, las controversias derivadas de hechos, actos y contratos celebrados con particulares o entre entidades estatales.

2. Las controversias derivadas de los contratos y convenios celebrados entre entidades estatales pueden someterse también a arbitraje.
3. Conforme a lo establecido en el artículo 190 de la Constitución de la República, el Estado puede someter a arbitraje las controversias derivadas de los contratos que celebre con nacionales o extranjeros domiciliados en el país.⁴

ARTÍCULO 5.- ARBITRAJE INTERNACIONAL.-

El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.
- b) Que una o más de las partes tenga su domicilio fuera de la República del Ecuador.
- c) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimana la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del territorio ecuatoriano.

A efectos de lo dispuesto anteriormente, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual.⁵

4. Art. 4 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú) y Art. 5 de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial (República Dominicana)

ARTÍCULO 6.- REGLAS DE INTERPRETACIÓN.-

Cuando una disposición de esta ley:

- a. Deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión.
- b. Se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del reglamento de arbitraje al que las partes se hayan sometido.
- c. Se refiera a un contrato, también se entenderá a un acto jurídico.
- d. Se refiera a la demanda, se aplicará también a la reconvencción, y cuando se refiera a la contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvencción, excepto en los casos previstos en el inciso a del artículo 44 y en el inciso a) del numeral 2 del artículo 60.
- e. Se refiera a tribunal arbitral, significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros.
- f. Se refiere a laudo, significa, tanto un laudo parcial como el que resuelve de manera definitiva la controversia.⁶

ARTÍCULO 7.- TIPOS DE ARBITRAJE.-

En cuanto a su naturaleza, el arbitraje puede ser:

- a. **En derecho:** Es aquel en el cual el tribunal arbitral fundamenta su decisión en el derecho positivo vigente o en un conjunto de normas escogido por las partes, de acuerdo al convenio.

5. Art. 1 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, Art. 3 de la Ley 60/2003 de Arbitraje (España) y Art. 1 de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial (República Dominicana)

6. Art. 2 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y Art. 6 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

- b. En equidad: Es aquel en que los árbitros deciden según la equidad.

En cuanto a las reglas de procedimiento, el arbitraje puede ser:

- a. Ad-hoc: Es aquel en el cual las partes acuerdan, directamente o por delegación al tribunal arbitral, las reglas de procedimiento aplicables en la solución de su controversia.
- b. Institucional: Es aquel en el cual las partes se someten a un procedimiento establecido por un centro de arbitraje.

Las instituciones o centros arbitrales deben ser personas jurídicas, y pueden tener o no fines de lucro y gozarán de plena autonomía para dictar sus propios reglamentos.

En caso de falta de designación de una institución arbitral, se entenderá que el arbitraje es ad hoc. La misma regla se aplica cuando exista designación que sea incompatible o contradictoria entre dos o más instituciones, o cuando se haga referencia a una institución arbitral inexistente, o cuando la institución no acepte el encargo, salvo pacto distinto de las partes.

El reglamento aplicable a un arbitraje es el vigente al momento del inicio del mismo, salvo pacto en contrario.⁷

ARTÍCULO 8.- NOTIFICACIONES, COMUNICACIONES Y PLAZOS.-

Salvo acuerdo en contrario de las partes y con exclusión, en todo caso, de los actos de comunicación realizados dentro de un procedimiento judicial, se aplicarán las disposiciones siguientes:

7. Art. 4 de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial (República Dominicana) y Art. 7 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

- a) Toda notificación o comunicación inclusive la citación de la solicitud inicial de arbitraje se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección que conste en el contrato. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado.

En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, dirección establecida en el contrato, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario.

- b) Los plazos establecidos en esta ley se computarán desde el día siguiente al de recepción de la notificación o comunicación. Si el último día del plazo fuere inhábil en el lugar de recepción de la notificación o comunicación, se prorrogará hasta el primer día laborable siguiente. Los plazos establecidos por días se computarán por días hábiles.⁸

ARTÍCULO 9.- RENUNCIA TÁCITA A LAS FACULTADES DE IMPUGNACIÓN.-

Si una parte, conociendo o debiendo conocer la infracción de alguna norma dispositiva de esta ley o de algún requisito del convenio arbitral o del reglamento de arbitraje aplicable, no la

8. Art. 3 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, Art. 5 de la Ley 60/2003 de Arbitraje (España), Art. 12 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú) y Art. 6 de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial (República Dominicana)

denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta ley.⁹

ARTÍCULO 10.- TRIBUNAL PARA EL CUMPLIMIENTO DE DETERMINADAS FUNCIONES DE ASISTENCIA Y SUPERVISIÓN DURANTE EL ARBITRAJE.-

1. Para la asistencia judicial en la actuación de pruebas será competente el Presidente de la Corte Provincial del lugar del arbitraje o el del lugar donde hubiere de prestarse la asistencia o su subrogante de acuerdo a la Ley. Cuando la prueba deba actuarse en el extranjero se estará a los tratados sobre obtención de pruebas en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.
2. Para la adopción judicial de medidas cautelares será competente el Presidente de la Corte Provincial del lugar en que la medida deba ser ejecutada o el del lugar donde las medidas deban producir efectos. Cuando la medida cautelar deba adoptarse o ejecutarse en el extranjero se estará a los tratados sobre ejecución de medidas cautelares en el extranjero o a la legislación nacional aplicable.
3. Para la ejecución forzosa del laudo será competente el Presidente de la Corte Provincial del lugar del arbitraje o del lugar donde el laudo debe producir efectos.
4. Para conocer de la acción de nulidad del laudo será competente el Presidente de la Corte Provincial del lugar del arbitraje.
5. Para el reconocimiento de laudos extranjeros será competente el Presidente de la Corte Provincial del domicilio

9. Art. 4 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, Art. 6 de la Ley 60/2003 de Arbitraje (España) y Art. 11 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

del emplazado o, si el emplazado no tiene domicilio dentro del territorio ecuatoriano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos.

6. Para la ejecución de laudos extranjeros debidamente reconocidos será competente el Presidente de la Corte Provincial del domicilio del demandado o, si el demandado no tiene domicilio dentro del territorio ecuatoriano, del lugar donde tenga sus bienes o donde ejerza sus derechos.¹⁰

TÍTULO II: DEL CONVENIO ARBITRAL

ARTÍCULO 11.- DEFINICIÓN Y FORMA DEL CONVENIO ARBITRAL.-

1. El "Convenio Arbitral" es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje ciertas o todas las controversias que hayan o puedan surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El Convenio Arbitral podrá adoptar la forma de una cláusula arbitral incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
2. El convenio arbitral deberá constar por escrito.
3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el convenio arbitral o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

10. Art. 8 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

4. El requisito de que un convenio arbitral conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.
6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.
7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho ecuatoriano.¹¹

11. Art. 7 Opción II de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, Art. 10 de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial (República Dominicana) y Art. 13 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

ARTÍCULO 12.- AUTONOMÍA DEL CONVENIO ARBITRAL.-

1. Todo convenio arbitral que forme parte de un contrato se considera como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo.
2. En consecuencia, la inexistencia, nulidad total o parcial de un contrato u otro acto jurídico que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, ineficacia o invalidez de éste. El tribunal arbitral puede decidir libremente sobre la controversia sometida a su pronunciamiento, la que puede versar, inclusive, sobre los vicios que afecten el contrato o acto jurídico que contenga el convenio arbitral.
3. Sin perjuicio de lo anterior, cuando la nulidad completa de un contrato procede de una sentencia judicial con autoridad de la cosa irrevocablemente juzgada, el convenio arbitral no subsistirá.¹²

ARTÍCULO 13.- EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL.-

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio arbitral esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.¹³

12. Art. 11 de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial (República Dominicana)

13. Art. 14 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

ARTÍCULO 14.- RELACIONES JURÍDICAS ESTÁNDARES.-

1. En el arbitraje nacional, los convenios arbitrales referidos a relaciones jurídicas contenidas en cláusulas generales de contratación o contratos por adhesión serán exigibles sólo si dichos convenios han sido conocidos, o han podido ser conocidos por quien no los redactó, usando una diligencia ordinaria.
2. Se presume, sin admitir prueba en contrario, que el convenio arbitral ha sido conocido en los siguientes supuestos:
 - a. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.
 - b. Si está incluido en las condiciones generales que se encuentran reproducidas en el reverso del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.
 - c. Si se encuentra incluido en condiciones estándares separadas del documento principal, y se hace referencia al arbitraje en el cuerpo del contrato principal y éste último es por escrito y está firmado por las partes.¹⁴

ARTÍCULO 15.- ARBITRAJE TESTAMENTARIO.-

También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia.¹⁵

14. Art. 15 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

15. Art. 10 de la Ley 60/2003 de Arbitraje (España)

ARTÍCULO 16.- EXCEPCIÓN DE CONVENIO ARBITRAL.-

1. Si se interpone una demanda judicial respecto de una materia sometida a arbitraje, esta circunstancia podrá ser invocada como excepción o defensa de convenio arbitral aun cuando no se hubiera iniciado el arbitraje. En cualquier caso, la excepción de incompetencia fundamentada en el convenio arbitral debe ser resuelta de forma previa.
2. La excepción se debe plantear dentro del plazo previsto en cada vía procesal, acreditando la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, el inicio del arbitraje.
3. Las actuaciones arbitrales podrán iniciarse o proseguir, pudiendo incluso, a discreción del tribunal arbitral, dictarse el laudo, aun cuando se encuentre en trámite la excepción de convenio arbitral.¹⁶

ARTÍCULO 17.- DERIVACIÓN DE CONTROVERSIA JUDICIAL A ARBITRAJE.-

Las partes por iniciativa propia o a propuesta del juez, en cualquier estado del proceso, pueden acordar derivar a arbitraje una controversia de naturaleza disponible, para lo cual deberán formalizar un convenio arbitral.¹⁷

ARTÍCULO 18.- RENUNCIA AL ARBITRAJE.-

La renuncia al arbitraje será válida sólo si se manifiesta en forma expresa o tácita. Es expresa cuando consta en un documento suscrito por las partes, en documentos separados, mediante intercambio de documentos o mediante cualquier otro medio de comunicación que deje constancia inequívoca de este acuerdo. Es tácita cuando no se invoca la excepción de convenio

16. Art. 8 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, Art. 16 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú) y Art. 12 de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial (República Dominicana)

17. Art. 17 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

arbitral en el término correspondiente. La renuncia opera sólo respecto de las materias demandadas judicialmente.¹⁸

ARTÍCULO 19.- CONVENIO ARBITRAL Y ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES POR UN TRIBUNAL JUDICIAL.-

No será incompatible con un convenio arbitral que una parte, con anterioridad a las actuaciones arbitrales, solicite de un juez, la adopción de medidas cautelares ni que el juez conceda esas medidas, sin perjuicio de la facultad reconocida al tribunal arbitral de ordenar tales medidas. En caso de que el juez las ordene, el solicitante deberá presentar el requerimiento arbitral, en un plazo no mayor de sesenta (60) días de la fecha en que se haya ordenado la medida correspondiente so pena de caducidad de la misma. El juez podrá requerir al solicitante que rinda fianza previo el otorgamiento de la medida cautelar. En caso de que una decisión del tribunal arbitral ya constituido ordene la suspensión o levantamiento de las medidas ordenadas por el juez, la decisión del tribunal arbitral prevalecerá.¹⁹

TÍTULO III

COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

ARTÍCULO 20.- NÚMERO DE ÁRBITROS.-

Las partes podrán fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. A falta de acuerdo, se designará un solo árbitro.²⁰

18. Art. 18 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

19. Art. 9 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y Art. 13 de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial (República Dominicana)

ARTÍCULO 21.- CAPACIDAD.-

Pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión y que no tengan incompatibilidad para actuar como árbitros. Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro.²⁰

ARTÍCULO 22.- NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS.-

1. En el arbitraje nacional que deba decidirse en derecho, se requiere ser abogado, salvo acuerdo en contrario. En el arbitraje internacional, en ningún caso se requiere ser abogado para ejercer el cargo.
2. Cuando sea necesaria la calidad de abogado para actuar como árbitro, no se requerirá ser abogado en ejercicio ni pertenecer a una asociación o gremio de abogados nacional o extranjero.
3. Los árbitros serán nombrados por las partes, por una institución arbitral o por cualquier tercero a quien las partes hayan conferido el encargo. La institución arbitral o el tercero podrán solicitar a cualquiera de las partes la información que consideren necesaria para el cumplimiento del encargo.
4. Salvo acuerdo en contrario, una parte queda vinculada por el nombramiento que ha efectuado de un árbitro desde el momento en que la otra parte haya sido notificada de dicho nombramiento.

20. Art. 12 de la Ley 60/2003 de Arbitraje (España) y Art. 14 de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial (República Dominicana)

21. Art. 20 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú) y Art. 13 de la Ley 60/2003 de Arbitraje (España)

5. Si una parte no cumple con nombrar al árbitro que le corresponde en el plazo establecido por las partes o, en su defecto en esta Ley, podrá recurrirse a la institución arbitral o al tercero designado por las partes para estos efectos o, en su defecto, procederse según lo dispuesto por el artículo 24.²²

ARTÍCULO 23.- LIBERTAD DE PROCEDIMIENTO DE NOMBRAMIENTO.-

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos d y e de este artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro único o de los árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral, siempre que no se vulnere el principio de igualdad. A falta de acuerdo, se aplicarán las siguientes reglas:

- a. En caso de árbitro único, o cuando las partes han acordado que el nombramiento de todos los árbitros o del presidente del tribunal se efectúe de común acuerdo entre ellas, tendrán un plazo de quince (15) días desde recibido el requerimiento de nombramiento para que cumplan con hacerlo.
- b. En caso de tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo haga y los dos árbitros así nombrados, en el plazo de quince (15) días de producida la aceptación del último de los árbitros, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.
- c. En caso de pluralidad de demandantes o de demandados, los demandantes nombrarán de común acuerdo un árbitro y los demandados, también de común acuerdo, nombrarán otro árbitro en el plazo de quince (15) días de recibido el requerimiento para que lo hagan, salvo que algo distinto se hubiese dispuesto en el convenio arbitral

22. Art. 22 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

- o en el reglamento arbitral aplicable. Los dos árbitros así nombrados, en el plazo de 15 días, nombrarán al tercero, quien presidirá el tribunal arbitral.
- d. Si en cualquiera de los supuestos anteriores no se llegase a nombrar uno o más árbitros, el nombramiento será efectuado, a solicitud de cualquiera de las partes, por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o del lugar de celebración del convenio arbitral, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje. De no existir una Cámara de Comercio en dichos lugares, el nombramiento corresponderá a la Cámara de Comercio de la localidad más cercana.
 - e. En el arbitraje internacional, el nombramiento a que se refiere el inciso d. de este artículo será efectuado por la Cámara de Comercio del lugar del arbitraje o por la Cámara de Comercio de Quito, cuando no se hubiese pactado el lugar del arbitraje.²³

ARTÍCULO 24.- INCUMPLIMIENTO DEL ENCARGO.-

Si la institución arbitral o el tercero encargado de efectuar el nombramiento de los árbitros, no cumple con hacerlo dentro del plazo determinado por las partes o el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, dentro de los quince (15) días de solicitada su intervención, se considerará que rechaza el encargo. En tales casos, el nombramiento será efectuado, a falta de acuerdo distinto de las partes, siguiendo el procedimiento previsto en el inciso d. del artículo 23.²⁴

ARTÍCULO 25.- NOMBRAMIENTO POR LAS CÁMARAS DE COMERCIO.-

1. Cuando por disposición de esta ley corresponda el nombramiento de un árbitro por una Cámara de Comercio, lo

23. Art. 11 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y Art. 23 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

24. Art. 24 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución. Esta decisión es definitiva e inimpugnable.

2. Para solicitar a una Cámara de Comercio el nombramiento de un árbitro, la parte interesada deberá señalar el nombre o la denominación social y domicilio de la otra parte, hacer una breve descripción de la controversia que será objeto de arbitraje y acreditar la existencia del convenio arbitral y, de ser el caso, de la solicitud de arbitraje efectuada a la otra parte.
3. Si la Cámara respectiva no tuviera previsto un procedimiento aplicable, la solicitud será puesta en conocimiento de la otra parte por un plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, la Cámara procederá a efectuar el nombramiento.
4. La Cámara de Comercio está obligada, bajo responsabilidad, a efectuar el nombramiento solicitado por las partes en los supuestos contenidos en los incisos d. y e. del artículo 24 y en el artículo 25, dentro del plazo de 15 días. La Cámara únicamente podrá rechazar una solicitud de nombramiento, cuando aprecie que, de los documentos aportados, no resulta la existencia de un convenio arbitral.
5. La Cámara de Comercio tendrá en cuenta, al momento de efectuar un nombramiento, los requisitos establecidos por las partes y por la ley para ser árbitro y tomará las medidas necesarias para garantizar su independencia e imparcialidad.
6. En el arbitraje internacional, tratándose de árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.²⁵

ARTÍCULO 26.- PRIVILEGIO EN EL NOMBRAMIENTO.-

Si el convenio arbitral establece una situación de privilegio en el nombramiento de los árbitros a favor de alguna de las partes contraviniendo al principio de igualdad, dicha estipulación es nula de pleno derecho.²⁶

ARTÍCULO 27.- ACEPTACIÓN DE LOS ÁRBITROS.-

1. Salvo acuerdo distinto de las partes, dentro de los quince (15) días siguientes a la comunicación del nombramiento, cada árbitro deberá comunicar su aceptación por escrito. Si en el plazo establecido no comunica la aceptación, se entenderá que no acepta su nombramiento.
2. Una vez producida la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, el tribunal arbitral se considerará válidamente constituido.²⁷

ARTÍCULO 28.- MOTIVOS DE EXCUSA Y RECUSACIÓN.-

1. Todo árbitro debe ser y permanecer durante el arbitraje independiente e imparcial. En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial.
2. La persona propuesta para ser árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.

El árbitro, a partir de su nombramiento, revelará a las partes sin demora cualquier circunstancia sobreviniente que afectare su imparcialidad e independencia.

25. Art. 25 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

26. Art. 26 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

27. Art. 27 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú) y Art. 16 de la Ley 60/2003 de Arbitraje (España)

En cualquier momento del arbitraje cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros la aclaración de sus relaciones con alguna de las otras partes.

3. Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación.²⁸

ARTÍCULO 29.- PROCEDIMIENTO DE RECUSACIÓN.-

1. Las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de árbitros o someterse al procedimiento contenido en un reglamento arbitral.
2. A falta de acuerdo o de reglamento arbitral aplicable, se aplicarán las siguientes reglas:
 - a. La recusación debe formularse tan pronto sea conocida la causal que la motiva, justificando debidamente las razones en que se basa y presentando los documentos correspondientes.
 - b. El árbitro recusado y la otra parte podrán manifestar lo que estimen conveniente dentro de los diez (10) días siguientes de notificados con la recusación.
 - c. Si la otra parte conviene en la recusación o el árbitro renuncia, se procederá al nombramiento del árbitro sustituto en la misma forma en que correspondía nombrar al árbitro recusado, salvo que exista nombrado un árbitro suplente.

28. Art. 12 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, Art. 28 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú) y Art. 17 de la Ley 60/2003 de Arbitraje (España)

d. Si la otra parte no conviene en la recusación y el árbitro recusado niega la razón o no se pronuncia, se procederá de la siguiente manera:

- i) Tratándose de árbitro único, resuelve la recusación la institución arbitral que lo ha nombrado o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d. y e. del artículo 23.
 - ii) Tratándose de un tribunal arbitral conformado por más de un árbitro, resuelven la recusación los demás árbitros por mayoría absoluta, sin el voto del recusado. En caso de empate, resuelve el presidente del tribunal arbitral, a menos que él sea el recusado, en cuyo caso resuelve la institución arbitral que hubiese efectuado su nombramiento o, a falta de ésta, la Cámara de Comercio correspondiente, conforme al inciso d y e del artículo 23.
 - iii) Si se recusa por la misma causa a más de un árbitro, resuelve la Cámara de Comercio correspondiente, conforme a los incisos d y e del artículo 23. Sin embargo, si el presidente no se encuentra entre los recusados, corresponde a éste resolver la recusación.
3. Salvo pacto en contrario, una vez que se inicie el plazo para la emisión de un laudo, es improcedente cualquier recusación. Sin embargo, el árbitro debe considerar su renuncia, bajo responsabilidad, si se encuentra en una circunstancia que afecte su imparcialidad e independencia.
 4. El trámite de recusación no suspende las actuaciones arbitrales, salvo cuando así lo decidan los árbitros.
 5. La renuncia de un árbitro o la aceptación por la otra parte de su cese, no se considerará como un reconoci-

miento de la procedencia de ninguno de los motivos de recusación invocados. No procede recusación basada en decisiones del tribunal arbitral emitidas durante el transcurso de las actuaciones arbitrales.

6. Cuando por disposición de esta Ley corresponda resolver la recusación a una Cámara de Comercio, lo hará la persona u órgano que la propia Cámara determine. A falta de previa determinación, la decisión será adoptada por el máximo órgano de la institución.
7. La decisión que resuelve la recusación es definitiva e inimpugnable. Si no prosperase la recusación formulada con arreglo al procedimiento acordado por las partes, el reglamento arbitral aplicable o el establecido en este artículo, la parte recusante sólo podrá, en su caso, cuestionar lo decidido mediante la acción de nulidad contra el laudo.²⁹

ARTÍCULO 30.- REMOCIÓN.-

1. Cuando un árbitro se vea impedido de hecho o de derecho para ejercer sus funciones, o por cualquier otro motivo no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si las partes acuerdan su remoción. Si existe desacuerdo entre las partes sobre la remoción y no han estipulado un procedimiento para salvar dicho desacuerdo o no se encuentran sometidos a un reglamento arbitral, se procederá según lo dispuesto en el artículo 29.

Esta decisión es definitiva e inimpugnable.

2. Si alguno de los árbitros rehúsa a participar en las actuaciones o está reiteradamente ausente en las deliberaciones del tribunal arbitral, los otros árbitros, una vez que hayan comunicado dicha situación a las partes y al árbi-

29. Art. 29 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

tro renuente, están facultados para continuar con el arbitraje y dictar cualquier decisión o laudo, no obstante la falta de participación del árbitro renuente, salvo acuerdo distinto de las partes o del reglamento arbitral aplicable. En la determinación de si se continúa con el arbitraje, los otros árbitros deberán tomar en cuenta el estado de las actuaciones arbitrales, las razones expresadas por el árbitro renuente para no participar y cualesquiera otras circunstancias del caso que sean apropiadas.

3. Si en cualquier momento, los otros árbitros deciden continuar con el arbitraje sin la participación del árbitro renuente, notificarán su decisión a las partes. En este caso, cualquiera de ellas podrá solicitar a la institución que efectuó el nombramiento, o en su defecto, a la Cámara de Comercio correspondiente conforme a los incisos d) y e) del artículo 23, la remoción del árbitro renuente y su sustitución conforme el numeral 1 de este artículo.³⁰

ARTÍCULO 31.- NOMBRAMIENTO DE UN ÁRBITRO SUSTITUTO.-

Cuando un árbitro cese en su cargo, en virtud de los Artículos 28, 29 o 30, o en los casos de renuncia por cualquier otro motivo, o de remoción por acuerdo de las partes, o de expiración de su mandato por cualquier otra causa, se procederá al nombramiento de un sustituto, conforme al mismo procedimiento por el que se designó al árbitro que se ha de sustituir.

Una vez nombrado el sustituto, el tribunal arbitral, previa audiencia de las partes, decidirán si ha lugar a repetir actuaciones ya practicadas.³¹

30. Art. 14 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y Art. 30 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

31. Art. 15 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, Art. 20 de la Ley 60/2003 de Arbitraje (España) y Art. 19 de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial (República Dominicana)

ARTÍCULO 32.- RESPONSABILIDAD.-

La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir el encargo, incurriendo si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por dolo o culpa inexcusable.³²

TÍTULO IV

DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

ARTÍCULO 33.- COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-

El tribunal arbitral es competente para conocer el fondo de la controversia y para decidir sobre cualesquiera cuestiones conexas y accesorias a ella que se promueva durante las actuaciones arbitrales, así como para dictar las órdenes complementarias para la adecuada conducción y desarrollo de las mismas.³³

ARTÍCULO 34.- POTESTAD DE LOS ÁRBITROS PARA DECIDIR SOBRE SU COMPETENCIA.-

1. Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones

32. Art. 32 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

33. Art. 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y Art. 40 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral.

2. Las excepciones a las que se refiere el apartado anterior deberán oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación, sin que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerlas. La excepción consistente en que los árbitros se exceden del ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que exceda de dicho ámbito.

Los árbitros sólo podrán admitir excepciones opuestas con posterioridad si la demora resulta justificada.

3. Los árbitros podrán decidir las excepciones de que trata este artículo con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto. Si el tribunal arbitral admite la excepción como cuestión previa, se declarará incompetente y ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales. Esta decisión podrá ser impugnada mediante acción de nulidad. Si el tribunal arbitral admite la excepción como cuestión previa respecto de determinadas materias, las actuaciones arbitrales continuarán respecto de las demás materias y la decisión sólo podrá ser impugnada mediante acción de nulidad luego de emitirse el laudo por el que se resuelve definitivamente la controversia.

Si el tribunal rechaza la excepción tramitada con el carácter de previa, esa decisión quedará firme e irrevocable.³⁴

34. Art. 16 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, Art. 22 de la Ley 60/2003 de Arbitraje (España) y Art. 41 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

ARTÍCULO 35.- MEDIDAS CAUTELARES.-

1. Una vez constituido, el tribunal arbitral, a petición de cualquiera de las partes, podrá adoptar las medidas cautelares que considere necesarias para garantizar la eficacia del laudo, pudiendo el tribunal exigir las garantías que estime conveniente para asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda ocasionar la ejecución de la medida.
2. Por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, contenida en una decisión que tenga o no forma de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo que resuelva definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordena a una de las partes:
 - a. Que mantenga o restablezca el statu quo en espera de que se resuelva la controversia;
 - b. Que adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del proceso arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al proceso arbitral;
 - c. Que proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar el laudo subsiguiente; o
 - d. Que preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.
3. El tribunal arbitral, antes de resolver, pondrá en conocimiento la solicitud a la otra parte. Sin embargo, podrá dictar una medida cautelar sin necesidad de poner en conocimiento a la otra parte, cuando la parte solicitante justifique la necesidad de no hacerlo para garantizar que la eficacia de la medida no se frustre. Ejecutada la medida podrá solicitar reconsideración de la decisión.

4. Las medidas cautelares solicitadas a una autoridad judicial antes de la constitución del tribunal arbitral no son incompatibles con el arbitraje ni consideradas como una renuncia a él. Ejecutada la medida, la parte beneficiada deberá iniciar el arbitraje dentro de los sesenta (60) días siguientes, si no lo hubiere hecho con anterioridad. Si no lo hace dentro de este plazo ésta caduca de pleno derecho.
5. Constituido el tribunal arbitral, cualquiera de las partes puede informar a la autoridad judicial de este hecho y pedir la remisión al tribunal del expediente del proceso cautelar. La autoridad judicial está obligada, bajo responsabilidad, a remitirlo en el estado en que se encuentre, sin perjuicio de que cualquiera de las partes pueda presentar al tribunal arbitral copia de los actuados en proceso cautelar. La demora de la autoridad judicial en la remisión, no impide al tribunal arbitral pronunciarse sobre la medida cautelar solicitada, dictada o impugnada. En este último caso, el tribunal arbitral tramitará la impugnación interpuesta como una reconsideración de la medida cautelar.
6. El tribunal arbitral está facultado para modificar, sustituir y dejar sin efecto las medidas cautelares que haya dictado así como las medidas cautelares dictadas por una autoridad judicial, incluso cuando se trate de decisiones judiciales firmes. Esta decisión podrá ser adoptada por el tribunal arbitral, ya sea a iniciativa de alguna de las partes o, en circunstancias excepcionales, por iniciativa propia, previa notificación a ellas.
7. El tribunal arbitral podrá exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer, sin demora, todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la medida se solicitara o dictara.

8. El solicitante de una medida cautelar será responsable de los costos y de los daños y perjuicios que dicha medida ocasione a alguna de las partes, siempre que el tribunal arbitral determine ulteriormente que, en las circunstancias del caso, no debería haberse otorgado la medida. En ese caso, el tribunal arbitral podrá condenar al solicitante, en cualquier momento de las actuaciones, al pago de los costos y de los daños y perjuicios.
9. En el arbitraje internacional, las partes durante el transcurso de las actuaciones pueden también solicitar a la autoridad judicial competente, previa autorización del tribunal arbitral, la adopción de las medidas cautelares que estimen convenientes.³⁵

ARTÍCULO 36.- EJECUCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES DICTADAS POR EL TRIBUNAL ARBITRAL.-

1. El tribunal arbitral está facultado para ejecutar, a pedido de parte, sus medidas cautelares, salvo que, a su sola discreción, considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública.
2. En los casos de incumplimiento de la medida cautelar o cuando se requiera de ejecución judicial, la parte interesada recurrirá a la autoridad judicial competente, quien por el solo mérito de las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión cautelar, procederá a ejecutar la medida sin admitir recursos ni oposición alguna.
3. La autoridad judicial no tiene competencia para interpretar el contenido ni los alcances de la medida cautelar. Cualquier solicitud de aclaración o precisión sobre los mismos o sobre la ejecución cautelar, será solicitada por

35. Art. 17 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y Art. 47 del Decreto Legislativo Nº 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

la autoridad judicial o por las partes al tribunal arbitral. Ejecutada la medida, la autoridad judicial informará al tribunal arbitral y remitirá copia certificada de los actua- dos.

4. Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral cuya sede se halle fuera del territorio ecuatoriano podrá ser reconocida y ejecutada en el territorio nacional, sien- do de aplicación lo dispuesto en los artículos 71, 72 y 73, con las siguientes particularidades:
 - a. Se podrá denegar la solicitud de reconocimiento, sólo por las causales a, b, c y d del numeral 2 del artículo 71 o cuando no se dé cumplimiento a lo dispuesto en el inciso d. de este numeral.
 - b. La parte que pida el reconocimiento de la medida cautelar deberá presentar el original o copia de la decisión del tribunal arbitral, debiendo observar lo previsto en el artículo 9^o.
 - c. Los plazos dispuestos en los numerales 2 y 3 del artículo 72 serán de diez (10) días.
 - d. La autoridad judicial podrá exigir a la parte solici- tante que preste una garantía adecuada, cuando el tribu- nal arbitral no se haya pronunciado aún sobre tal garantía o cuando esa garantía sea necesaria para pro- teger los derechos de terceros. Si no se da presenta tal garantía, la autoridad judicial podrá rechazar la soli- citud de reconocimiento.
 - e. La autoridad judicial que conoce de la ejecución de la medida cautelar podrá rechazar la solicitud, cuando la medida cautelar sea incompatible con sus faculta- des, a menos que decida reformular la medida para ajustarla a sus propias facultades y procedimientos a efectos de poderla ejecutar, sin modificar su conteni- do ni desnaturalizarla.³⁶

36. Art. 17 H e I de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y Art. 48 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

ARTÍCULO 37.- PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y CONTRADICCIÓN.-

- 1) Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.
- 2) Los árbitros, las partes y los centros de arbitraje, en su caso, están obligados a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.³⁷

ARTÍCULO 38.- DETERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y FACULTADES DEL TRIBUNAL.-

- 1) Las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones. En caso de arbitraje institucional y si las reglas correspondientes prevén algún procedimiento mandatorio, regirá éste.
- 2) El Tribunal Arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en la presente ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.³⁸

ARTÍCULO 39.- LUGAR DEL ARBITRAJE.-

1. Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. A falta de acuerdo, lo determinará el tribunal arbitral, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes.

37. Art. 18 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y Art. 22 de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial (República Dominicana)

38. Art. 19 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y Art. 23 de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial (República Dominicana)

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral anterior, el tribunal arbitral podrá, previa consulta a las partes y salvo acuerdo en contrario de éstas, reunirse en cualquier lugar que estimen apropiado para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar o reconocer objetos, documentos o personas. El tribunal arbitral podrá celebrar deliberaciones en cualquier lugar que estime apropiado.³⁹

ARTÍCULO 40.- INICIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES.-

Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considera la de inicio del arbitraje.⁴⁰

ARTÍCULO 41.- IDIOMA DEL ARBITRAJE.-

1. Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas del arbitraje. A falta de acuerdo, decidirá el tribunal arbitral, atendidas las circunstancias del caso. Salvo que en el acuerdo de las partes o en la decisión del tribunal arbitral se haya previsto otra cosa, el idioma o los idiomas establecidos se utilizarán en los escritos de las partes, en las audiencias, en los laudos y en las decisiones o comunicaciones de los árbitros.
2. El tribunal arbitral, salvo oposición de alguna de las partes, podrán ordenar que, sin necesidad de proceder a su traducción, cualquier documento sea aportado o cualquier actuación realizada en idioma distinto al del arbitraje.⁴¹

39. Art. 20 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y Art. 26 de la Ley 60/2003 de Arbitraje (España)

40. Art. 21 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y Art. 25 de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial (República Dominicana)

41. Art. 22 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y Art. 28 de la Ley 60/2003 de Arbitraje (España)

ARTÍCULO 42.- DEMANDA Y CONTESTACIÓN.-

1. Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral y a menos que las partes hayan acordado algo distinto respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula y el demandado deberá establecer su posición respecto a lo planteado en la demanda.
2. Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.
3. Salvo acuerdo en contrario, en el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiera causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias. El contenido de la modificación y de la ampliación de la demanda o contestación, deberán estar incluidos dentro del objeto del convenio arbitral.
4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral no puede disponer la consolidación de dos o más arbitrajes, o disponer la realización de audiencias conjuntas.⁴²

ARTÍCULO 43.- FORMA DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES.-

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros decidirán si han de celebrarse audiencias para la pre-

42. Art. 23 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y Art. 39 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

sentación de alegaciones, la práctica de pruebas y la emisión de conclusiones, o si las actuaciones se sustanciarán solamente por escrito. No obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebren audiencias, los árbitros las señalarán, en la fase apropiada de las actuaciones, si cualquiera de las partes lo solicitara.

2. Las partes serán citadas a todas las audiencias con suficiente antelación y podrán intervenir en ellas directamente o por medio de sus representantes.
3. De todas las alegaciones escritas, documentos y demás instrumentos que una parte aporte a los árbitros se dará traslado a la otra parte. Asimismo, se pondrán a disposición de las partes los documentos, dictámenes periciales y otros instrumentos probatorios en que los árbitros puedan fundar su decisión.⁴³

ARTÍCULO 44.- EFECTO DE LA FALTA DE COMPARENCIA DE LAS PARTES.-

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin alegar causa suficiente a juicio de los árbitros:

- a) El demandante no presente su demanda en plazo, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión.
- b) El demandado no presente su contestación en plazo, los árbitros continuarán las actuaciones, sin que esa omisión se considere como allanamiento o admisión de los hechos alegados por el demandante.
- c) Una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas, los árbitros podrán continuar las

⁴³ Art. 24 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y Art. 30 de la Ley 60/2003 de Arbitraje (España)

actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas de que dispongan.⁴⁴

ARTÍCULO 45.- PERITOS.-

1. El tribunal arbitral podrá nombrar, por iniciativa propia o a solicitud de alguna de las partes, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas. Asimismo requerirá a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente presentando los documentos u objetos necesarios o facilitando el acceso a éstos.
2. Después de presentado el dictamen pericial, el tribunal arbitral por propia iniciativa o a iniciativa de parte, convocará al perito a una audiencia en la que las partes, directamente o asistidas de peritos, podrán formular sus observaciones o solicitar que sustente la labor que ha desarrollado, salvo acuerdo en contrario de las partes.
3. Las partes pueden aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados, salvo acuerdo en contrario.⁴⁵

ARTÍCULO 46.- NOMBRAMIENTO DE PERITOS POR LOS ÁRBITROS.-

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán nombrar, de oficio o a instancia de parte, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas y requerir a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente, le presente para su inspección todos los documentos u objetos pertinentes o le proporcione acceso a ellos.

44. Art. 25 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y Art. 31 de la Ley 60/2003 de Arbitraje (España)

45. Art. 44 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

2. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando los árbitros lo consideren necesario, todo perito, después de la presentación de su dictamen, deberá participar en una audiencia en la que los árbitros y las partes, por sí o asistidas de peritos, podrán interrogarle.
3. Lo previsto en los apartados precedentes se entiende sin perjuicio de la facultad de las partes, salvo acuerdo en contrario, de aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados.⁴⁶

ARTÍCULO 47.- PRUEBAS.-

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarias.
2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso.
3. En cualquier etapa del proceso, los árbitros pueden solicitar a las partes aclaraciones o informaciones, o la realización o instrucción de los medios probatorios que estimen necesarios. Tratándose de prueba pericial, pueden ordenar que se explique o amplíe el dictamen.
4. Las pruebas deben ser presentadas ante el tribunal. Para las pruebas que hayan de efectuarse fuera del lugar del domicilio, éste puede o bien llevarlas a cabo directamente o delegar en alguna autoridad judicial del lugar para que las practique. Para la obtención de pruebas en el

46. Art. 26 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y Art. 32 de la Ley 60/2003 de Arbitraje (España)

extranjero, puede enviarse carta rogatoria, conforme las disposiciones establecidas en la legislación procesal y en los convenios internacionales de los que el Ecuador fuere parte.⁴⁷

ARTÍCULO 48.- COLABORACIÓN JUDICIAL.-

1. El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con su aprobación, podrá pedir asistencia judicial para la actuación de pruebas, acompañando a su solicitud, las copias del documento que acredite la existencia del arbitraje y de la decisión que faculte a la parte interesada a recurrir a dicha asistencia, cuando corresponda.
2. Esta asistencia podrá consistir en la actuación del medio probatorio ante la autoridad judicial competente bajo su exclusiva dirección o en la adopción por dicha autoridad de las medidas concretas que sean necesarias para que la prueba pueda ser actuada ante el tribunal arbitral.
3. A menos que la actuación de la prueba sea manifiestamente contraria al orden público o a leyes prohibitivas expresas, la autoridad judicial competente se limitará a cumplir, sin demora, con la solicitud de asistencia, sin entrar a calificar acerca de su procedencia y sin admitir oposición o recurso alguno contra la resolución que a dichos efectos dicte.⁴⁸

ARTÍCULO 49.- LIBERTAD DE REGULACIÓN DE ACTUACIONES.-

1. Las partes podrán determinar libremente las reglas a las que se sujetará el tribunal arbitral en sus actuaciones. A

47. Art. 43 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú) y Art. 30 de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial (República Dominicana)

48. Art. 27 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y Art. 45 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

- falta de acuerdo o de un reglamento arbitral aplicable, el tribunal arbitral decidirá las reglas que considere más apropiadas teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
2. El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos.
 3. Si no existe disposición aplicable en las reglas aprobadas por las partes o por el tribunal arbitral, se podrá aplicar de manera supletoria, las normas de esta ley. Si no existe norma aplicable en esta ley, el tribunal arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales así como a los usos y costumbres en materia arbitral.
 4. El tribunal arbitral podrá, a su criterio, ampliar los plazos que haya establecido para las actuaciones arbitrales, incluso si estos plazos estuvieran vencidos.⁴⁹

ARTÍCULO 50.- RECONSIDERACIÓN.-

1. Las decisiones del tribunal arbitral, distintas al laudo, pueden ser reconsideradas a iniciativa de una de las partes o del tribunal arbitral, por razones debidamente motivadas, dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o por el tribunal arbitral. A falta de determinación del plazo, la solicitud de reconsideración debe presentarse dentro de los tres (3) días siguientes de notificada la decisión.
2. Salvo acuerdo en contrario, esta reconsideración no suspende la ejecución de la decisión.⁵⁰

49. Art. 34 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

50. Art. 49 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

ARTÍCULO 51.- CONFIDENCIALIDAD.-

1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad.
2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer la acción de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial.
3. En todos los arbitrajes regidos por esta ley en los que interviene el Estado ecuatoriano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones.⁵¹

ARTÍCULO 52.- REPRESENTACIÓN.-

1. Las partes podrán comparecer personalmente ante el tribunal arbitral, o bien estar representadas por abogado, o por cualquier otra persona con autorización por escrito.
2. La representación conferida para actuar dentro de un arbitraje autoriza al representante a ejercer todos los derechos y facultades previstos en esta ley sin restricción alguna, incluso para actos de disposición de derechos sustantivos que se discuten en las actuaciones arbitrales, salvo acuerdo en contrario.

51. Art. 51 del Decreto Legislativo N° 1071- Ley de Arbitraje (Purú)

3. Las personas jurídicas pueden delegar sus facultades a un abogado o a cualquier otra persona con autorización por escrito.
4. No existe restricción alguna para la participación de abogados extranjeros.⁵²

ARTÍCULO 53.- BUENA FE.-

Las partes están obligadas a observar el principio de buena fe en todos sus actos e intervenciones en el curso de las actuaciones arbitrales y a colaborar con el tribunal arbitral en el desarrollo del arbitraje.⁵³

TÍTULO V

PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO Y TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES

ARTÍCULO 54.- NORMAS APLICABLES AL FONDO DE LA CONTROVERSIA.-

1. El tribunal arbitral sólo decidirá en equidad (*ex aequo et bono*) si las partes les han autorizado expresamente para ello. Si no se hace mención alguna al tipo de arbitraje, se entiende que el tribunal arbitral debe decidir en derecho.
2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el arbitraje sea internacional, el tribunal arbitral decidirá la controversia de conformidad con las normas

52. Art. 37 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

53. Art. 38 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, el tribunal arbitral aplicará las que estimen apropiadas.

3. En todo caso, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables.⁵⁴

ARTÍCULO 55.- ADOPCIÓN DE DECISIONES CUANDO HAY MÁS DE UN ÁRBITRO.-

En las actuaciones arbitrales en que haya más de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de las partes, por mayoría de votos de todos los miembros. Además, salvo acuerdo en contrario de las partes o de los árbitros, el árbitro presidente podrá decidir cuestiones de trámite.

Los árbitros tienen la obligación de votar en todas las decisiones. Si no lo hacen, se considera que se adhieren a la decisión en mayoría o a la del presidente, según corresponda.⁵⁵

ARTÍCULO 56.- TRANSACCIÓN.-

1. Si, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio en forma total o parcial, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones con respecto a la controversia que se haya resuelto por acuerdo y, si el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los

54. Art. 28 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y Art. 34 de la Ley 60/2003 de Arbitraje (España)

55. Art. 29 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional

términos convenidos por las partes. Este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

2. Las actuaciones continuarán respecto de los asuntos controvertidos que no hayan sido objeto de acuerdo.⁵⁶

ARTÍCULO 57.- PLAZO, FORMA, CONTENIDO Y NOTIFICACIÓN DEL LAUDO.-

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá la controversia en un solo laudo o en tantos laudos parciales como estimen necesarios.
2. La controversia debe decidirse y notificarse dentro del plazo establecido por las partes, por el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, por el tribunal arbitral.
3. Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, quienes podrán expresar su parecer discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.

A los efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá que el laudo consta por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

Se entiende que el árbitro que no firma el laudo ni emite su opinión discrepante se adhiere a la decisión en mayoría o la del presidente, según corresponda.

56. Art. 30 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y Art. 50 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

4. El laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo anterior.
5. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje, determinado de conformidad con el artículo 39. El laudo se considerará dictado en ese lugar.
6. Con sujeción a lo acordado por las partes, el tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral.
7. El tribunal arbitral notificará el laudo a las partes en la forma y en el plazo que éstas hayan acordado o, en su defecto, mediante entrega a cada una de ellas de un ejemplar firmado dentro de los (5) días de su pronunciamiento.⁵⁷

ARTÍCULO 58.- CORRECCIÓN, ACLARACIÓN Y COMPLEMENTO DEL LAUDO.-

1. Dentro de los 15 días siguientes a la notificación del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, solicitar al tribunal arbitral:

57. España y República Dominicana establecen que salvo acuerdo en contrario, el plazo para resolver el arbitraje es de 6 meses desde que se presentó la contestación a la demanda. Fuentes: Art. 31 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, Art. 37 de la Ley 60/2003 de Arbitraje (España), Art. 53 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú), Artículo 36 de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial (República Dominicana)

- a) La corrección de cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar.
 - b) La aclaración de un punto o de una parte concreta del laudo.
 - c) El complemento del laudo respecto de peticiones formuladas y no resueltas en él.
 - d) La exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.
2. El tribunal arbitral pondrá la solicitud en conocimiento de la otra parte por quince (15) días. Vencido dicho plazo, con la absolución o sin ella, el tribunal arbitral resolverá la solicitud en un plazo de quince (15) días. Este plazo puede ser ampliado a iniciativa del tribunal arbitral por quince (15) días adicionales.
 3. Dentro de los 15 días siguientes a la fecha del laudo, el tribunal arbitral podrá proceder de oficio a la corrección de errores a que se refiere el párrafo a) del apartado 1.
 4. Lo dispuesto en el artículo 57 se aplicará a las resoluciones arbitrales sobre corrección, aclaración y complemento del laudo.
 5. Si el tribunal arbitral no se pronuncia acerca de la corrección, aclaración, complemento y exclusión solicitadas dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en este artículo, se considerará que la solicitud ha sido denegada. No surtirá efecto cualquier decisión sobre corrección, aclaración, complemento y exclusión del laudo que sea notificada fuera de plazo.⁵⁸

58. Art. 33 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, Art. 39 de la Ley 60/2003 de Arbitraje (España) y Art. 58 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

ARTÍCULO 59.- EFECTOS DEL LAUDO.-

1. Todo laudo es definitivo, inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.
2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.
3. Si la parte obligada no cumple con lo ordenado por el laudo, en la forma y en los plazos establecidos, o en su defecto, dentro de los quince (15) días de notificada con el laudo o con la corrección, aclaración, complemento y exclusión del laudo, cuando corresponda; la parte interesada podrá pedir la ejecución del laudo al Presidente de la Corte Provincial.⁵⁹

ARTÍCULO 60.- TERMINACIÓN DE LAS ACTUACIONES.-

1. El tribunal arbitral cesará en sus funciones al terminar las actuaciones arbitrales con el laudo definitivo, salvo lo dispuesto en el artículo 57, sobre notificación del laudo, y en el artículo 58, sobre su corrección, aclaración, complemento y exclusión.
2. El tribunal arbitral también ordenará la terminación de las actuaciones cuando:
 - a) El demandante desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral le reconozca un interés legítimo en obtener una solución definitiva del litigio.
 - b) Las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones.
 - c) El tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.⁶⁰

59. Art. 59 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

ARTÍCULO 61.- CONSERVACIÓN DE LAS ACTUACIONES.-

1. Transcurrido el plazo que las partes hayan señalado a este fin o, en su defecto, el de tres (3) meses desde la terminación de las actuaciones, cesará la obligación del tribunal arbitral de conservar la documentación del arbitraje. Dentro de ese plazo, cualquiera de las partes podrá solicitar al tribunal arbitral que le remita los documentos presentados por ella. El tribunal arbitral accederá a la solicitud siempre que no atente contra el secreto de la deliberación arbitral y que el solicitante asuma los gastos correspondientes.
2. Cualquiera de las partes también puede solicitar, a su costo, que las actuaciones sean remitidas en custodia a las Cámaras de Comercio o instituciones arbitrales que ofrezcan servicios de conservación y archivo de actuaciones arbitrales.
3. Si se interpone acción de anulación contra el laudo, el tribunal arbitral tiene la obligación de conservar las actuaciones originales y de expedir las copias pertinentes que solicite la parte interesada, a costo de ésta. Resuelta la acción en definitiva, serán de aplicación los numerales 1 y 2 de este artículo, siempre que no deba reiniciarse las actuaciones o no deba entregarse éstas a un nuevo tribunal arbitral o la autoridad judicial para que resuelva la controversia.⁶¹

60. Art. 32 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, Art. 38 de la Ley 60/2003 de Arbitraje (España) y Art. 37 de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial (República Dominicana)

61. Art. 61 del Decreto Legislativo N° 1075 Ley de Arbitraje (Perú)

TÍTULO VI

IMPUGNACIÓN DEL LAUDO

ARTÍCULO 62.- ACCIÓN DE ANULACIÓN.-

1. Contra el laudo sólo podrá interponerse la acción de anulación. Esta acción constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.
2. La acción se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.⁶²

ARTÍCULO 63.- CAUSALES.-

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:
 - a) Que una de las partes en el convenio arbitral a que se refiere el Artículo 11 estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley ecuatoriana.
 - b) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o que ha habido inobservancia del debido proceso, que se haya traducido en violación al derecho de defensa.

62. Art. 62 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

- c) Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
 - d) Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma de esta Ley de la que las partes no pudieran apartarse, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley.
 - e) Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.
 - f) Que el laudo es contrario al orden público.
 - g) Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral.
2. Las causales contenidas en los párrafos b), e) y f) del numeral anterior podrán ser apreciadas de oficio por el tribunal que conozca de la acción de anulación.
 3. En los casos previstos en las causales c) y e) del numeral 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión del tribunal arbitral o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás; en caso contrario, la anulación será total.
 4. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo sólo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.
 5. La causal prevista en el inciso g. del numeral 1 de este artículo sólo será procedente si la parte afectada lo hubiera manifestado por escrito de manera inequívoca al tribunal arbitral y su comportamiento en las actuaciones arbitrales posteriores no sea incompatible con este reclamo.

6. No procede la anulación del laudo si la causal que se invoca ha podido ser subsanada mediante corrección, aclaración, complemento o exclusión del laudo y la parte interesada no cumplió con solicitarlos.
7. La acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro del mes siguiente a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración, complemento o exclusión del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla.⁶³

ARTÍCULO 64.- TRÁMITE DE LA ACCIÓN.-

1. La autoridad competente para conocer la acción de anulación de un laudo arbitral dictado en la República del Ecuador es el Presidente de la Corte Provincial de Justicia correspondiente al lugar donde se dictó el mismo.
2. La acción de anulación debe contener la indicación precisa de la causal o de las causales de anulación debidamente fundamentadas y acreditadas con los medios probatorios correspondientes. Sólo pueden ofrecerse documentos. Las partes podrán presentar las copias pertinentes de las actuaciones arbitrales que tengan en su poder. Excepcionalmente y por motivos atendibles, las partes o el Presidente de la Corte podrán solicitar que el tribunal arbitral remita las copias pertinentes de dichas actuaciones.

63. Sólo Perú establece como prerequisite a la acción de anulación el hecho de haber reclamado al tribunal arbitral algunas de las causales contenidas en este artículo. La solicitud de exclusión del laudo es únicamente de origen peruano y está contemplada en el literal d) del artículo 59 del título V de este proyecto.

La República Dominicana admite la posibilidad de renunciar a la acción de anulación. Perú también admite dicha renuncia, pero sólo para el arbitraje internacional.

Perú no contempla entre sus causales que el laudo atente contra el orden público, sino sólo en el caso de arbitraje internacional y en referencia al orden público internacional.

Fuentes: Art. 34 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, Art. 63 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú), Art. 41 de la Ley 60/2003 de Arbitraje (España), Art. 39 de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial (República Dominicana)

nes, no siendo necesario el envío de la documentación original.

3. El Presidente de la Corte Provincial resolverá sobre la admisión a trámite de la acción dentro de los diez (10) días siguientes de interpuesta, excepto en el caso previsto en el numeral 4 del artículo 66 (CAUCIÓN DE CUMPLIMIENTO) en el que previamente deberá cumplirse con el trámite que en él se establece. Una vez admitida a trámite la acción de anulación, se dará traslado a la otra parte por el plazo de veinte (20) días para que exponga lo que estime conveniente y ofrezca los medios probatorios correspondientes. (Sólo pueden ofrecerse documentos.)
4. Vencido el plazo para absolver el traslado, se señalará fecha para audiencia que se celebrará dentro de los veinte (20) días siguientes. En la audiencia, el Presidente de la Corte Provincial podrá suspender las actuaciones judiciales por un plazo no mayor a seis (3) meses a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que, a criterio del tribunal arbitral elimine las causales alegadas para la acción de anulación. En caso contrario, resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.
5. Lo resuelto por el Presidente de la Corte Provincial respectiva, causará ejecutoria.⁶⁴

64. Tanto Perú como República Dominicana admiten el recurso de casación de la sentencia que resuelve la nulidad del laudo.

En el numeral tercero de este artículo, la ley peruana otorga seis meses a los árbitros para adoptar medidas que anulen las causales de nulidad.

Fuentes:

Art. 64 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú), Art. 40 de la Ley No. 489-08 sobre Arbitraje Comercial (República Dominicana)

ARTÍCULO 65.- CONSECUENCIAS DE LA ANULACIÓN.-

1. Anulado el laudo, se procederá de la siguiente manera:
 - a. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso a. del numeral 1 del artículo 63, la materia que fue objeto de arbitraje podrá ser demandada judicialmente, siempre que se trate de arbitraje nacional y salvo acuerdo distinto de las partes.
 - b. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso b. del numeral 1 del artículo 63, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje desde el momento en que se cometió la violación manifiesta del derecho de defensa.
 - c. Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso c. del numeral 1 del artículo 63, la materia no sometida a arbitraje podrá ser objeto de un nuevo arbitraje, si estuviera contemplada en el convenio arbitral. En caso contrario, la materia podrá ser demandada judicialmente, salvo acuerdo distinto de las partes.
 - d. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso d. del numeral 1 del artículo 63, las partes deberán proceder a un nuevo nombramiento de árbitros o, en su caso, el tribunal arbitral debe reiniciar el arbitraje en el estado en el que se no se observó el acuerdo de las partes, el reglamento o la norma aplicable.
 - e. Si el laudo, o parte de él, se anula por la causal prevista en el inciso e. del numeral 1 del artículo 63, la materia no susceptible de arbitraje podrá ser demandada judicialmente.
 - f. Si el laudo se anula por la causal prevista en el inciso g. del numeral 1 del artículo 63, puede iniciarse un nuevo arbitraje, salvo que las partes acuerden componer un nuevo tribunal arbitral para que sobre la base de las actuaciones resuelva la controversia o, tratándose de arbitraje nacional, dentro de los quince (15)

días siguientes de notificada la resolución que anula el laudo, decidan por acuerdo, que la Corte Provincial que conoció de la acción de anulación resuelva en única instancia sobre el fondo de la controversia.

2. La anulación del laudo no perjudica las pruebas actuadas en el curso de las actuaciones arbitrales, las que podrán ser apreciadas a discreción por el tribunal arbitral o, en su caso, por la autoridad judicial.⁶⁵

ARTÍCULO 66.- GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO.-

1. La interposición de la acción de anulación no suspende la obligación de cumplimiento del laudo ni su ejecución arbitral o judicial, salvo cuando la parte que impugna el laudo solicite la suspensión y cumpla con el requisito de presentar la caución acordada por las partes o establecida en el reglamento arbitral aplicable o en su falta, la que sea determinada por el juez que conoce la causa. Al examinar la admisión de la acción, el Presidente de la Corte Provincial respectiva, verificará el cumplimiento del requisito y, de ser el caso, concederá la suspensión.
2. Si no se ha determinado que haya caución, ni en el acuerdo ni en el reglamento, a pedido de parte, el Presidente de la Corte Provincial respectiva concederá la suspensión, si se constituye fianza bancaria solidaria, incondicionada y de realización automática o póliza de seguro de similares condiciones en favor de la otra parte con una vigencia no menor a tres (3) meses renovables bajo pena de ejecución del laudo por todo el tiempo que dure el trámite de la acción y por una cantidad equivalente al valor de la condena contenida en el laudo.

65. Art. 65 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

3. Si la condena, en todo o en parte, es puramente declarativa o no es valorizable en dinero o si requiere de liquidación o determinación que no sea únicamente una operación matemática, el tribunal arbitral podrá señalar un monto razonable en el laudo para la constitución de la fianza bancaria en las mismas condiciones referidas en el numeral anterior, como requisito para disponer la suspensión de la ejecución, salvo acuerdo distinto de las partes.
4. La parte impugnante podrá solicitar la determinación del monto de la caución prevista en el numeral anterior al Presidente de la Corte Provincial que conoce la acción, cuando el tribunal arbitral no lo hubiera determinado. También podrá solicitar su graduación, cuando no estuviere de acuerdo con la determinación efectuada por el tribunal arbitral.

El Presidente de la Corte Provincial luego de dar traslado a la otra parte por tres (3) días, fijará el monto definitivo en decisión inimpugnable.

5. La caución constituida deberá renovarse antes de su vencimiento mientras se encuentre en trámite de la acción, bajo apercibimiento de ejecución del laudo. Para tal efecto, el Presidente de la Corte Provincial, a pedido de la parte interesada, de ser el caso, oficiará a las entidades financieras para facilitar la renovación.
6. Si la acción de anulación es desestimado, el Presidente de la Corte Provincial, bajo responsabilidad, entregará la caución a la parte vencedora de la acción para su ejecución. En caso contrario, bajo responsabilidad, lo devolverá a la parte que interpuso la acción.⁶⁶

66. En el numeral segundo de este artículo, la ley peruana establece que la garantía debe de tener el plazo de seis meses. Fuente: Art. 66 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

ARTÍCULO 67.- COSA JUZGADA Y REVISIÓN DE LAUDOS FIRMES.-

El laudo firme produce efectos de cosa juzgada y frente a el no cabrá ningún recurso.⁶⁷

TÍTULO VII

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LAUDOS

ARTÍCULO 68.- EJECUCIÓN ARBITRAL.-

1. A solicitud de parte, el tribunal arbitral está facultado para ejecutar sus laudos y decisiones, siempre que medie acuerdo de las partes o se encuentre previsto en el reglamento arbitral aplicable.
2. Se exceptúa de lo dispuesto en el numeral anterior, el caso en el cual, a su sola discreción, el tribunal arbitral considere necesario o conveniente requerir la asistencia de la fuerza pública. En este caso, cesará en sus funciones sin incurrir en responsabilidad y entregará a la parte interesada, a costo de ésta, copia de los actuados correspondientes para que recurra a la autoridad judicial competente a efectos de la ejecución.⁶⁸

ARTÍCULO 69.- EJECUCIÓN JUDICIAL.-

1. La parte interesada podrá solicitar la ejecución del laudo ante la autoridad judicial competente acompañando copia de éste y de sus rectificaciones, interpretaciones,

67. Art. 43 de la Ley 60/2003 de Arbitraje (España)

68. Art. 67 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

integraciones y exclusiones y, en su caso, de las actuaciones de ejecución efectuadas por el tribunal arbitral.

2. La autoridad judicial, por el solo mérito de los documentos referidos en el numeral anterior, dictará mandato de ejecución para que la parte ejecutada cumpla con su obligación dentro de un plazo de cinco (5) días, bajo apercibimiento de ejecución forzada.
3. La parte ejecutada sólo podrá oponerse si acredita con documentos el cumplimiento de la obligación requerida o la suspensión de la ejecución conforme al artículo 68. La autoridad judicial dará traslado de la oposición a la otra parte por el plazo de cinco (5) días. Vencido este plazo, resolverá dentro de los cinco (5) días siguientes. La resolución que declara fundada la oposición es apelable con efecto suspensivo.
4. La autoridad judicial está prohibida, bajo responsabilidad, de admitir recursos que entorpezcan la ejecución del laudo.⁶⁹

ARTÍCULO 70.- NORMAS APLICABLES AL RECONOCIMIENTO.-

1. Son laudos extranjeros los pronunciados en un lugar que se halle fuera del territorio ecuatoriano. Serán reconocidos y ejecutados en el Ecuador de conformidad con los siguientes instrumentos, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho ecuatoriano:
 - a. La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958, o

69. Art. 68 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

- b. La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975, o
 - c. Cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual sea parte el Ecuador.
2. Salvo que las partes hayan acordado algo distinto, el tratado aplicable será el más favorable a la parte que solicite el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero.⁷⁰

ARTÍCULO 71.- CAUSALES DE DENEGACIÓN.-

1. Este artículo será de aplicación a falta de tratado, o aun cuando exista éste, si estas normas son, en todo o en parte, más favorables a la parte que pida el reconocimiento del laudo extranjero, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho ecuatoriano.
2. Sólo se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba:
 - a. Que una de las partes en el convenio arbitral estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho convenio no es válido, en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado al respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.
 - b. Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
 - c. Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el convenio arbitral o contiene decisiones que exceden sus términos.

70. Art. 74 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

- d. Que la composición del tribunal arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes, o en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.
 - e. Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por una autoridad judicial competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado ese laudo.
3. También se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero si la autoridad judicial competente comprueba:
 - a. Que según el derecho ecuatoriano, el objeto de la controversia no puede ser susceptible de arbitraje.
 - b. Que el laudo es contrario al orden público internacional.
 4. La causa prevista en el inciso a. del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si la parte que la invoca ha comparecido a las actuaciones arbitrales y no ha invocado la incompetencia del tribunal arbitral por falta de validez del convenio arbitral o si el convenio arbitral es válido según el derecho ecuatoriano.
 5. La causa prevista en el inciso b. del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si la parte que la invoca ha comparecido a las actuaciones arbitrales y no ha reclamado oportunamente ante el tribunal arbitral la falta de notificación del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o la vulneración a su derecho de defensa.
 6. La causa prevista en el inciso c. del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento

del laudo, si éste se refiere a cuestiones sometidas al arbitraje que pueden separarse de las que no hayan sido sometidas al arbitraje.

7. La causa prevista en el inciso d. del numeral 2 de este artículo no supondrá la denegación del reconocimiento del laudo, si la parte que la invoca ha comparecido a las actuaciones arbitrales y no ha invocado la incompetencia del tribunal arbitral en virtud a que su composición no se ha ajustado al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o no ha denunciado oportunamente ante el tribunal arbitral que las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo de las partes o, en su defecto, a la ley del país donde se efectuó el arbitraje.
8. Si se ha solicitado a una autoridad judicial competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado el laudo, la anulación o suspensión del laudo extranjero, según lo previsto en el inciso e. numeral 2 de este artículo; el Presidente de la Corte Provincial que conoce del reconocimiento del laudo, si lo considera procedente, podrá aplazar su decisión sobre dicho reconocimiento y, a petición de la parte que pida el reconocimiento del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que otorgue caución apropiada.⁷¹

ARTÍCULO 72.- RECONOCIMIENTO.-

1. La parte que pida el reconocimiento de un laudo extranjero deberá presentar el original o copia del laudo. La solicitud se tramitará en la vía no contenciosa, sin intervención del Ministerio Público.

71. Art. 36 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y Art. 75 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

2. Admitida la solicitud, el Presidente de la Corte Provincial respectiva dará traslado a la otra parte para que en un plazo de veinte (20) días exprese lo que estime conveniente.
3. Vencido el plazo para absolver el traslado, se señalará fecha para la audiencia dentro de los veinte (20) días siguientes. En la audiencia, el Presidente de la Corte Provincial respectiva podrá adoptar, de ser el caso, la decisión prevista en el numeral 8 del artículo 71. En caso contrario, resolverá dentro de los veinte (20) días siguientes.
4. Contra lo resuelto por el Presidente de la Corte Provincial respectiva sólo procede recurso de casación, cuando no se hubiera reconocido en parte o en su totalidad el laudo.⁷²

ARTÍCULO 73.- EJECUCIÓN.-

Reconocido, en parte o en su totalidad el laudo, conocerá de su ejecución la autoridad judicial competente, según lo previsto en el artículo 69.⁷³

ARTÍCULO 74.- APLICACIÓN DE LA NORMA MÁS FAVORABLE.-

Cuando resulte de aplicación la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, aprobada en Nueva York el 10 de junio de 1958, se tendrá presente lo siguiente:

1. Conforme a lo dispuesto en el párrafo 1) del artículo VII de la Convención, será de aplicación una o más de las disposiciones de esta Ley, cuando resulten más favora-

72. Art. 76 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

73. Art. 77 Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

bles a la parte que solicita el reconocimiento y ejecución del laudo.

2. Conforme a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo VII de la Convención, la parte interesada podrá acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados de los cuales el Ecuador sea parte, para obtener el reconocimiento de la validez de ese convenio arbitral.
3. Cuando resulte de aplicación lo dispuesto en el párrafo 2) del artículo II de la Convención, esta disposición se aplicará reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas.⁷⁴

74. Art. 78 del Decreto Legislativo N° 1071 Ley de Arbitraje (Perú)

Juicio de amigables componedores

*Fernando Aguilar
Roque J. Caivano*

SUMARIO

1. Presentación: 1.1. Fuente convencional o legal; 1.2. Denominación; 1.3. Mediación, conciliación y arbitraje; 1.4. La misión de los árbitros de equidad; 1.5. El silencio del convenio arbitral. 2. La doble misión de los amigables componedores. 3. Las sentencias, los laudos arbitrales de Derecho y los laudos de los amigables componedores. 4. La equidad. 5. Los límites del amigable componedor. 6. La materia arbitrable mediante arbitraje de equidad. 7. Simplificación de los procedimientos. 8. Ejecución. 9. Conclusiones.

1. PRESENTACIÓN

El libro VI del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (t.o. 1981, LA 1981 B 1472), subtulado "Proceso arbitral", se divide en tres títulos: el "*Juicio arbitral*", el "*Juicio de amigables componedores*" y la "*Pericia arbitral*" (1). El presente trabajo enfoca el arbitraje de amigables componedores (2). Antes de comenzar a describir sus características principales conviene efectuar algunas precisiones y aclaraciones preliminares.

1.1 Fuente convencional o legal

Una primera cuestión introductoria es el origen, la fuente de la que deriva. Como una especie de arbitraje, el de amigables

componedores es, en principio, de naturaleza convencional y, en consecuencia, nace de un acuerdo de voluntades cláusula contractual o convención autónoma, sea éste expreso o tácito. Sin embargo, debemos anotar que hay casos excepcionales en que el arbitraje viene impuesto por el legislador: en la legislación de fondo, para determinar el precio en la locación de servicios o de obra (art. 1627 CCiv.), para determinar la porción que corresponde al socio industrial en las ganancias producidas por una sociedad civil de capital e industria (art. 1781 CCiv.), para resolver las cuestiones que se susciten sobre la inteligencia de las cartas de crédito o recomendación y las obligaciones que ella importe (art. 491 CCom.) o para determinar la comisión o retribución del depositario en el depósito comercial (art. 573 CCom., en este caso, con expresa referencia a "arbitradores"); en la legislación procesal nacional y en otras que reproducen sus normas, para dilucidar liquidaciones complejas o cuentas complicadas en el trámite de ejecución de sentencias (art. 516 CPCCN., pudiendo ser peritos árbitros o amigables componedores); en algunas legislaciones procesales provinciales, para entender en los juicios declarativos generales entre ascendientes y descendientes o entre hermanos consanguíneos (arts. 603 CPCC. Córdoba [LA 1995B 2405] y 417 CPCC. Santa Fe [ALJA 1962 806]).

1.2 Denominación

Una segunda cuestión interesante es de naturaleza terminológica, pues para designar a esta clase de arbitraje y para distinguirla de otras suele recurrirse a diferentes denominaciones. El art. 766 CPCCN. aclara, en su párr. 2º, que si se hubiese autorizado a los árbitros a decidir la controversia "según equidad" se entenderá que el juicio arbitral es de amigables componedores; y alude a "arbitradores" (3) como otra denominación de los amigables componedores, declarándolos sinónimos. Queda así superada de inicio una cuestión de nombre, ya que la ley asimila el arbitraje según equidad al juicio de amigables componedores, lo que evita de raíz toda controversia doctrinaria sobre el hipotético distinto alcance de ambos términos.

En el derecho comparado esta clase de árbitros se designan también como amigables componedores (4) o arbitradores (5), o bien con la más precisa denominación de "árbitros de equidad" (6), o conservando los términos latinos como *ex aequo et bono* (7), o aludiendo al arbitraje de conciencia (8). Para definir la forma en que resuelven también se utilizan diferentes expresiones: algunas normas, conservando la nomenclatura medieval, disponen que estos árbitros resuelven "a verdad sabida y buena fe guardada", tal como lo hicieron los jueces de paz legos (9); otras (como nuestro CPCCN., art. 769) establecen que el laudo se dictará "según su saber y entender", o conforme a su "leal saber y entender" (10); por fin, no faltan las que directamente refieren a la equidad o a la conciencia como soportes de su decisión (11).

1.3 Mediación, conciliación y arbitraje

Relacionado con la cuestión terminológica, conviene hacer notar que, en un sentido literal, la locución "amigables componedores" pareciera sugerir erróneamente que estamos en presencia de un método que propicia una composición amigable de intereses encontrados, un acuerdo entre las partes, método que es hoy designado preferentemente como "mediación" o "conciliación". Sin embargo, el juicio de amigables componedores es un arbitraje y no una negociación, género al que pertenecen tanto la conciliación (12) como la mediación (13). Las diferencias entre estos últimos y el arbitraje de amigables componedores son sustanciales: el mediador o el conciliador tienen como misión intentar que las partes, a través de un proceso no adversarial, pongan fin al conflicto mediante un acuerdo mutuamente satisfactorio. El amigable componedor es un árbitro, y, como tal, un verdadero juez, cuyo cometido no es buscar un acuerdo sino adoptar una decisión sobre las pretensiones expuestas por las partes en el proceso adversarial, que, aunque más informal, tiene las características propias de un juicio (14). El mediador y el conciliador carecen de todo poder de decisión, y en cualquiera de estos procesos la solución del conflicto depende entera-

mente de la voluntad de las partes; ese poder jurisdiccional es de la esencia del amigable componedor (como lo es de cualquier clase de árbitro), de modo que en el juicio de amigables componedores el resultado recae íntegramente sobre el árbitro, quien dicta una verdadera sentencia (15).

1.4 La misión de los árbitros de equidad

Aparte de la cuestión de su nombre, el arbitraje de equidad no ha sido interpretado con uniformidad por los autores que abordaron el tema, y la jurisprudencia no ha determinado con precisión la órbita de poder del amigable componedor, ni su distinción frente a los árbitros de derecho (*iuris*) o a los jueces. Nuestra postura es que el amigable componedor o árbitro de equidad (tal como hoy se lo entiende y como conviene definirlo para evitar equívocos) tiene dos libertades características de las que no gozan los restantes jueces, ya sean árbitros de derecho o estatales. Por un lado, pueden establecer normas procesales más simples y flexibles; y por el otro, pueden decidir apartándose del derecho aplicable, salvo cuando se trate de normas de orden público que resulten indisponibles para las partes (16). Pero la esfera de su jurisdicción tiene su propio límite, porque aun gozando de mayor discrecionalidad que los restantes jueces o árbitros *iuris*, los amigables componedores deben respetar principios esenciales a todo juicio, tales como el principio de bilateralidad o contradictorio, de igualdad de las partes y de ausencia de arbitrariedad.

El convenio que establece la misión para el árbitro de actuar como árbitro de equidad o dictar su sentencia "según su leal saber y entender" (art. 769 CPCCN.) mantiene su utilidad en el derecho contemporáneo. Permite a las partes minimizar el riesgo de enfrentar una impugnación del laudo basada en defectos procesales, o fundada en ignorancia o error de derecho, incrementando de este modo la eficacia del arbitraje. Por otra parte, la solución en equidad puede contemplar la situación de las par-

tes afectada por hechos imprevisibles o inevitables en mejor medida que las soluciones brindadas por la doctrina de la fuerza mayor, o la llamada "teoría de la imprevisión" (art. 1198 in fine CCiv.), y en el caso de contratos internacionales dota al litigio de un marco de referencia cuando varios sistemas jurídicos nacionales tienen vocación de ser aplicados en pie de igualdad pero conllevan soluciones y consecuencias distintas, o aun contradictorias (17).

1.5 El silencio del convenio arbitral

Para concluir estas breves notas introductorias debe señalarse que en el CPCCN, el arbitraje de equidad se encuentra previsto como norma de reserva para el caso en el que las partes han guardado silencio en su convención sobre si se trata de un arbitraje *iuris* o de amigables componedores (art. 766 CPCCN.). El principio inverso es el que actualmente prevalece en la legislación comparada (18) y es hoy adoptado en la mayor parte de las instituciones de arbitraje más frecuentemente utilizadas (19), entendiéndose que si las partes nada dijeron al respecto, ha de presumirse que optaron por un arbitraje de derecho (*iuris*) (20).

2. LA DOBLE MISIÓN DE LOS AMIGABLES COMPONEDORES

El concepto de amigable componedor implica una doble misión para el árbitro, ya que éste se encuentra sujeto a dos tipos de reglas. Las más importantes y esenciales se refieren a los fundamentos de su laudo o sentencia. Además existen reglas tendientes a la simplificación del procedimiento arbitral.

El art. 769 CPCCN., aplicable en ausencia de pacto expreso, incluye ambas situaciones, ya que establece:

"Los amigables componedores procederán sin sujeción a normas legales, limitándose a recibir los antecedentes o documentos que las partes les presentasen, a pedirles las explicaciones que creyeren convenientes, y a dictar sentencia según su saber y entender".

La parte 1ª del artículo se refiere a las consecuencias procesales que derivan de pactar arbitraje de amigable composición. La segunda, y más importante, es la que, en sustancia, lo caracteriza. En esta última, aun bajo la escueta referencia al "leal saber y entender", la ley procesal alude inequívocamente al efecto principal de un acuerdo de las partes sometiéndose a amigables componedores: la voluntad común de apartarse de las normas legales que resulten aplicables al caso, para hallar una solución equitativa a su controversia. Precisamente en ello radica la esencia de la amigable composición: la autorización que las partes conceden al árbitro para que éste decida según su conciencia, su sentido de equidad y su conocimiento leal del caso.

El artículo transcrito sigue un orden temporalmente lógico, al enunciar en primer término las notas propias al proceso. En nuestro análisis, sin embargo, alteraremos este orden debido a que consideramos como esencial la facultad del árbitro derivada del acuerdo de partes para decidir el litigio apartándose de las normas jurídicas aplicables al caso, antes que la facultad meramente instrumental de atenerse a un procedimiento simplificado en extremo, que como veremos, aunque suele ser natural en esta clase de arbitraje, puede ser acotada por las partes.

Una de las cuestiones más debatidas en orden a la amigable composición es, precisamente, la que estamos tratando aquí. Por un lado, muchos se preguntan si es acaso posible fallar extra legem, es decir, si el derecho permite resolver un conflicto patrimonial y dotar a esa decisión de la fuerza de la cosa juzgada cuando esa decisión no reposa sobre criterios jurídicos. Pareciera, a primera vista, que la vocación totalizadora del derecho tiende a convertir en jurídico aquello que en principio no lo

era. Aunque nadie puede negar la posibilidad de que las partes resuelvan los conflictos que involucran derechos disponibles del modo que deseen pues ésa es, justamente, la condición básica de esos derechos, suele pensarse que en tales supuestos la solución tiene un alcance limitado a las partes y jamás podría ser reconocida por el sistema jurídico. De esta manera la decisión basada en el simple leal saber y entender de una persona lega en temas jurídicos quedaría reducida a un mero consejo quizás con fuerza obligatoria moral por el respeto que despierta y la autoridad intelectual del tercero escogido por las partes, pero nunca susceptible de ejecución forzada a través del sistema judicial.

Las consideraciones precedentes pueden no sorprender demasiado a los abogados habituados a los silogismos de la ley escrita. No es extraño que la idea de hallar una solución jurídicamente vinculante a un pleito que afecta derechos de naturaleza jurídica y sustancia económica sin apoyo en norma legal de especie alguna genere cierto rechazo o aversión entre los colegas. Aun aceptando que tal cosa puede ser posible, otros la juzgan inconveniente y peligrosa (21).

Sin embargo, la perspectiva del arbitraje comercial internacional facilita la comprensión de los alcances de este modo de arbitraje, cuya motivación suele encontrarse en varios factores. Los hombres de negocios hallan apropiado el arbitraje de equidad para resolver sus conflictos porque desconfían del formalismo frecuentemente excesivo del derecho: acostumbrados a cerrar contratos fundamentalmente sobre la base de la buena fe, quieren que la solución de los conflictos que se originan de ellos se encuentre basada también en la buena fe, antes que en una interpretación literal de un texto normativo. Otras veces este modo de arbitraje se escoge porque las prestaciones emergentes del contrato exceden el ámbito de vigencia de las leyes nacionales, y, en estas condiciones, para evitar la necesidad de determinar un sistema jurídico nacional que gobierne el contrato entre los varios posibles, se opta por un arbitraje de amigables compondores que permite al árbitro hallar la solución equitativa con-

siderando varias leyes nacionales a la vez desde la perspectiva de lo que fue la común intención de las partes (22). También resulta una herramienta útil en los contratos de largo plazo, cuando las partes buscan un refugio que las proteja de cambios en la legislación que alteren la ecuación contractual en beneficio de una parte y con perjuicio de la restante, así como respecto de cambios sustanciales en las condiciones de mercado, como lo son aquellos que resultan de nuevos desarrollos tecnológicos. Finalmente, también resulta de utilidad cuando la controversia tiene aspectos técnicos tan complejos que las normas generales del derecho de las obligaciones no aportan todos los elementos necesarios para comprender cabalmente la discusión.

3. LAS SENTENCIAS, LOS LAUDOS ARBITRALES DE DERECHO Y LOS LAUDOS DE LOS AMIGABLES COMPONEDORES

Un punto de partida obligado para aprehender la naturaleza del instituto en análisis es confrontar los poderes de los jueces y árbitros *iuris* frente a la jurisdicción de los árbitros de equidad.

El art. 34.4 CPCCN. establece para los jueces el deber de fundar toda sentencia, aun interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de normas vigentes y el principio de congruencia. Este deber es extensivo a los árbitros de derecho (*iuris*), ya que las normas sobre nulidades procesales son de aplicación subsidiaria al arbitraje de derecho (art. 761 CPCCN.).

Los fundamentos del laudo resultante del arbitraje de equidad pueden no expresarse si las partes así lo acordaron. Pero lo característico es que cuando son explicitados en el laudo, los fundamentos pueden consistir en una explicación de las razones de equidad que motivaron la solución alcanzada, con independencia de la ley aplicable al caso concreto. Al pactar el arbitraje de amigables componedores las partes están autorizándolos a

justificar de ese modo su decisión y obligándose a respetar el honesto saber y entender de los árbitros. Por lo demás, considerando que los árbitros podrían ser personas carentes de versación jurídica, no sorprende que las partes los dispensen de invocar normas jurídicas como apoyo a la solución hallada. Si son legos en Derecho, los fundamentos jurídicos que pudieran elucubrar no debieran revestir mayor interés; y aun siendo letrados, si se les atribuyó la condición de amigables componedores es porque las partes privilegiaron su sentido de equidad por sobre su saber jurídico.

Esa dispensa tiene una importante significación no siempre cabalmente comprendida por quienes pactan la amigable composición y considerables efectos.

En relación con su significado, pactar el sometimiento al juicio de amigables componedores implica mucho más que prorrogar la competencia de los tribunales judiciales: supone la voluntad de las partes de excluir no sólo la jurisdicción judicial sino incluso el sistema de toma de decisiones propio de ese fuero. Entraña el deseo de las partes de evitar la solución "legal" y, en cambio, sujetar el resultado del caso al recto juicio de una persona, permitiéndole despojarse de convencionalismos o consideraciones puramente legales (23).

En cuanto a sus efectos, el más trascendente es que el laudo se torna prácticamente invulnerable por alegados errores de derecho o defectos en la fundamentación legal que de otro modo podrían esgrimirse como causal de revisión. El laudo ganará, así, en eficacia. Si bien la recta doctrina sostiene que el error de derecho no es revisable por el tribunal judicial cuando las partes han renunciado a apelar e interponer otros recursos para impugnar el laudo (24), la experiencia demuestra que muchas veces el juez tiende a justificar su intervención y controlar la solución de fondo si la considera equivocada, aunque esté de ese modo excediendo los límites de su jurisdicción revisora, por haber mediado una renuncia a la instancia judicial. Al carecer de un razona-

miento que pueda ser escrutado jurídicamente, el laudo de los amigables componedores reduce esta tentación correctora del juez (25).

La situación del abogado designado "árbitro arbitrador" plantea una situación que merece atención. Se ha dicho que el abogado, por serlo, no puede desprenderse del bagaje jurídico adquirido durante su esforzado paso por alguna escuela o facultad de Derecho. De ello pretende deducirse que su "leal saber y entender" debe necesariamente coincidir con la ley aplicable al caso que él mismo no podría ignorar. Así, dice Palacio: "Esta expresión normativa no debe empero entenderse en el sentido de que los arbitradores estén facultados para prescindir de aplicar las normas jurídicas y, por ende, la Ley Fundamental, de modo que si el tribunal se compone de abogados y de otras personas carentes de ese título, la decisión de las causas debe tener como fundamento como se expuso en el Prólogo del Reglamento de Arbitraje de la Bolsa de Comercio (26) en 'el leal saber y entender de letrados', vale decir que deberán integrarse con el saber y entender de hombres versados en derecho". En similar sentido dice Anaya: "Es obvio que [el] leal saber no puede dejar de lado el derecho y su muleta de equidad cuando los amigables componedores son abogados" (27).

Esta interpretación, entendida en su literalidad, tendría el sentido de vaciar de contenido a la cláusula arbitral cuando las partes eligen como amigable componedor a un abogado o licenciado en Derecho. Bajo este razonamiento, la labor del árbitro de equidad quedaría equiparada a un arbitraje iuris, con la única diferencia de que aquél quedaría dispensado de invocar en su fallo la ley aplicable al caso; en otras palabras, debería aplicar la norma correcta aunque sin decirlo expresamente. En nuestra opinión, la presunción implícita en ese razonamiento anula la esencia misma de la amigable composición y, sobre todo, aniquila y priva de todo sentido y efecto a la declaración de voluntad común de las partes, que, precisamente, consistió en autorizar al árbitro a decidir en equidad o como amigable componedor.

Por otro lado, el árbitro podrá ser conocedor del derecho sustancial vigente en el lugar en el que se encuentra habilitado a ejercer la profesión de abogado; sin embargo, el arbitraje internacional es algo más complejo, porque las partes en un contrato internacional pueden válidamente elegir el derecho aplicable al contrato, que no necesariamente será aquel respecto del cual posea versación el árbitro. Aun sin mediar elección, las normas de conflicto de leyes pueden significar que, reenvío mediante, resulte aplicable un sistema jurídico distinto del conocido por el abogado (28). Es posible que la sede del arbitraje resulte distinta de la jurisdicción en la que el abogado obtuvo su diploma, y su formación y hábitos forenses podrían resultar un escollo que deberá superar, antes que una ventaja.

En realidad, si un profesional del Derecho acepta constituirse en árbitro de equidad, debe velar por no exceder su misión. Y como su competencia surge de los términos de la cláusula arbitral, si los mismos son claros en cuanto a eximirlo de aplicar la ley vigente de un país determinado, no se ve por qué motivo traicionaría este cometido. Sin embargo, la experiencia indica que con frecuencia la solución equitativa es también la solución al caso contenida en el sistema o por alguno de los sistemas jurídicos, si fueran más de uno, con vocación para ser aplicables. Pero en tal supuesto la coincidencia entre la solución jurídica y la solución de equidad no resulta de aplicar la norma jurídica, sino del sentido de la equidad que anida en la honesta conciencia del árbitro. Que además dicha solución sea propiciada por alguno de los sistemas jurídicos positivos que rigen las relaciones que motivan el conflicto es una feliz coincidencia que serviría tal vez como una justificación obiter dicta, pero que no cambia las cosas, y la omisión de su mención en los fundamentos no invalida ni debilita el laudo. De lo que se deriva que cuando el amigable componedor cita la solución legal en apoyo de su decisión de equidad no está con ello apartándose de su cometido, sino haciendo notar la coincidencia de ambas soluciones.

Recapitulando: salvo dispensa expresa de las partes, el laudo de amigables componedores debe exteriorizar las motivaciones que lo justifican y explican, porque las partes tienen el derecho de conocer cuál es el fundamento en equidad que llevó al juzgador a privilegiar una solución sobre la gama de restantes soluciones posibles. Pero es indudable que no requiere fundarse en Derecho (aunque el ordenamiento puede invocarse como refuerzo de su decisión). Allí reside la diferencia esencial entre una sentencia judicial y el laudo de árbitros iuris frente al laudo de amigables componedores.

4. LA EQUIDAD

Se ha dicho que los amigables componedores deciden en equidad. Ello implicaría, en un trabajo como el presente, la necesidad de intentar dotar de significado concreto a este concepto. Sin embargo, reconociendo de antemano la imposibilidad de hacerlo en términos precisos (29), nos limitaremos apenas a formular algunas reflexiones que puedan servir para comprender la naturaleza de las decisiones de los amigables componedores (30).

Los autores que enfrentan este problema suelen rápidamente retroceder al Derecho romano y, en este vuelo a través de los siglos, hasta se remontan a Aristóteles. Con ello la tarea se torna realmente ardua (31). Algunos se animan a sistematizar sus significados, encontrando que la palabra "equidad" puede referirse, indistintamente, a: i) lo fundamentalmente justo; ii) la sentencia justa basada en una interpretación razonable de la ley; y iii) el criterio en el que deben inspirarse las facultades discrecionales del juez (32). Otros, inclusive, encuentran aplicaciones y conceptos específicos de la equidad en los distintos ámbitos del Derecho (33). Aunque es cierto como suele decirse que reconocer la equidad es más fácil que definirla, a nuestros fines podemos concebirla como una fórmula que indica al juez que debe

procurar una buena solución, “la mejor solución que el caso admita, aunque no sea la solución que pueda darse a todos los casos” (34), ni agregamos la solución que corresponda por aplicación de la ley.

En términos más amplios, puede citarse la opinión de un importante jurista peruano para quien

“la equidad no es una mera emoción de justicia, no es un concepto vago o impreciso que no admite un desarrollo racional. La equidad, cuando menos desde la perspectiva moderna, es algo muy objetivo: la voluntad o intención de las partes. Esta voluntad debe ser aprehendida no solamente en cuanto lo que fue la expresión literal de ella a través del contrato sino persiguiendo su sentido profundo, el espíritu que animó a las partes y, más aún, procurando establecer no solamente lo que esa voluntad fue en los hechos sino también lo que esa voluntad o intención habría sido si ambas partes tuvieran o hubieran podido tener la misma información sobre el negocio y las mismas habilidades y poderes de negociación” (35).

Tratándose del derecho de los contratos, que es aquel en el que se manifiesta la cláusula arbitral con mayor frecuencia, la equidad se ve impregnada de sustancia económica y puede ligarse al interés patrimonial recíproco que tuvieron las partes al contratar, o a los riesgos patrimoniales que cada una asumió en vista de la prestación prometida por la otra parte, e inherentes a la naturaleza propia del contrato. De modo que ningún juzgador, sea juez, árbitro de derecho o amigable componedor, puede resolver con justicia un diferendo contractual sin tener en cuenta esas premisas (36). Así, se ha dicho que

“El amigable componedor no está constreñido a ceñirse al derecho, en la estrictez de la norma vigente sino en su correspondencia con la equidad y la justicia que interpreta según su leal saber y entender. Pueden enunciarse, en tal sentido, algunos criterios objetivos de su función especialmente constatables en laudos dictados en controversias internacio-

nales tales como el respeto a una presunción de equidad en las cláusulas contractuales, la aplicación del principio de confianza y buena fe y el seguimiento de una regla de experiencia característica que consiste en la búsqueda de una solución que resulte aceptable para ambas partes sin comprometer sus posibles negocios futuros" (37).

Si los jueces estatales que dictan sentencia aplicando la ley positiva pueden resolver cualquier caso dudoso por aplicación de principios generales no contenidos expresamente en normas jurídicas positivas, cabe preguntarse cuál sería entonces la diferencia con los amigables componedores. Esta diferencia surge nítida a poco de que se repare en que la directiva del art. 16 CCiv. únicamente es admisible si el texto de la ley genera alguna duda en su intérprete. Por ello cuando el texto de la ley es claro los jueces y los árbitros de derecho deben aplicar la ley tal como ha sido escrita, y siendo el contrato la ley de las partes, deben aplicar las cláusulas contractuales respetando la voluntad de las partes en ellas expresada (art. 1197 CCiv.; Reglamento CCI., art. 17.2). En cambio, los amigables componedores, cualquiera sea su formación profesional, se encuentran autorizados por las partes para prescindir de la ley o leyes de posible aplicación y para resolver el pleito mediante la solución que les dicta su leal saber y entender, incluyendo la posibilidad de adecuar las obligaciones emergentes del contrato aplicando principios de equidad.

Si bien se acepta que en el arbitraje de equidad el árbitro puede apartarse flexibilizando la ley aplicable, la posibilidad para los amigables componedores de adaptar los contratos genera cierta controversia en la doctrina internacional (38). Esta adecuación, sin embargo, no debe conducir a la transformación de un contrato en otro, es decir, a frustrar la voluntad de las partes imponiéndoles términos o riesgos que lo desnaturalizarían. Los criterios de adecuación del contrato deben intentar identificar, sobre la base del contrato y de la conducta posterior de las partes, cuál hubiera sido el acuerdo equitativo de haber ambas

conocido las nuevas circunstancias al tiempo de contratar (39). La adaptación del contrato incluye la posibilidad de llenar las lagunas o suplir omisiones, aunque no incluye la de crear nuevas obligaciones que no se encuentren expresa o tácitamente previstas en el contrato, o que no reflejen la intención de las partes (40).

La misión esencial del amigable componedor no es, pues, apenas una "flexibilización" de la ley aplicable sino una autorización de las partes para que el árbitro se aparte por completo de la ley que de otro modo sería aplicable (41). De allí que cuando el amigable componedor resuelve el caso alcanzando igual resultado que el establecido por la ley o las leyes aplicables situación que resulta frecuente debe fundar sus conclusiones en equidad con especial prudencia, ya que resulta del acuerdo de partes que la voluntad de las mismas fue apartarse de la ley vigente para resolver su conflicto.

Puede preguntarse si estos principios generales del derecho coinciden con la llamada nueva Lex Mercatoria o Derecho Internacional de las Transacciones Comerciales (42), y si ésta a su vez plasma los usos y costumbres de los comerciantes. En realidad, cabe mencionar que la Lex Mercatoria se encuentra imbuida de equidad, pero es posible hacer una distinción de género a especie, pues la equidad es la fuente más fecunda de la Lex Mercatoria (43). Un árbitro iuris que funde su laudo en los principios generales del derecho y teniendo en consideración las circunstancias del caso (art. 16 CCiv.), o los principios de la Lex Mercatoria, debe en primer lugar razonar los motivos por los que considera que la ley aplicable a la controversia lo autoriza a encontrar la solución basándose en tales principios generales con preferencia a otras leyes aplicables; y en segundo lugar debe constatar la existencia de tales principios (44). Un amigable componedor no necesita demostrar la oscuridad de la ley ni la existencia de principios generales de derecho que soporten su razonamiento, aunque, naturalmente, tiene que explicar el sentido de equidad de su decisión y las motivaciones que la sustentan.

Dicho esto, cabe observar que en nuestro derecho la ley positiva se refiere en contadas ocasiones a la equidad en forma directa. Ello puede encontrarse con nitidez en los arts. 515, 1071 bis y 1198 CCiv. Los arts. 656 y 954 son también citados como aplicación de principios de justicia equitativa (45), aun cuando esta palabra no es incluida en su texto. Finalmente, en tiempos recientes la legislación emergente de la crisis política y económica de 2002 estableció el concepto del "esfuerzo compartido" (art. 11 Ley de Emergencia 25561 [LA 2002 A 44]) y remitió a la equidad (art. 8 decreto 214/2002 [LA 2002 A 86]) para resolver los problemas que la emergencia proyectaba sobre los contratos celebrados en moneda extranjera. En materia comercial, el art. 218 inc. 3 CCom. remite a las "reglas de la equidad" para decidir el alcance de las cláusulas de un contrato cuando siendo necesario interpretar el mismo, una cláusula es susceptible de dos sentidos y ninguno de ellos priva de validez el acto, siempre que el resultado alcanzado por aplicación de la equidad no lo desnaturalice ("*...que más convenga a su naturaleza*") (46).

En los contados casos en los que, de no mediar convención de arbitraje, la ley aplicable remite expresa y directamente a la aplicación de la equidad, la facultad del amigable componedor coincide con la jurisdicción de los jueces o árbitros de derecho, salvo que tratándose de amigables componedores, según ya fuera dicho, no es necesario que el intérprete se encuentre frente a una cláusula contractual oscura y no necesariamente deberá aplicar la ley del país de la sede del arbitraje o la de aquel en donde se pretende ejecutar el laudo si se trata de un arbitraje internacional.

La remisión a principios de equidad que hacen los Códigos de fondo por lo general contempla casos en los que la ley resulta impotente para señalar un criterio exacto de distribución de riesgos entre dos partes en un contrato, debido a que las circunstancias fácticas o las características propias de una relación jurídica individualizada no han permitido su encuadramiento anticipado mediante una formulación genérica, y dichos factores

juegan un rol preponderante en la elaboración de la solución más justa, o, si se prefiere, que mejor preserve la paz social.

5. LOS LÍMITES DEL AMIGABLE COMPONEDOR

El amigable componedor encuentra limitada su discreción, en tanto el laudo es el resultado buscado a través de un proceso contradictorio que para ser válido y ejecutable debe cumplir ciertas condiciones mínimas impuestas por el derecho vigente. En el ámbito del arbitraje internacional, las normas que imponen esas condiciones son tanto las del lugar de la sede del arbitraje cuyos tribunales son los que usualmente controlan la validez mediante recursos o acciones de nulidad como las del lugar donde aquél pretenda ser ejecutado con valor de sentencia judicial, cuyos tribunales controlan su ejecutabilidad, a través de los procedimientos previstos para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros.

Esas limitaciones se refieren, por un lado, a la fundamentación misma del laudo y, por el otro, al marco procesal en que se desenvuelven.

En cuanto a las primeras debe enfatizarse que por más libre que se encuentre para no aplicar derecho, un amigable componedor no podría decidir el caso echando al aire una moneda (método que, sin embargo, acepta nuestro derecho positivo para resolver diferencias patrimoniales: art. 2068 CCiv.) (47). Tampoco podría hacerlo utilizando un criterio puramente caprichoso (que Anaya desmerece como "discrecionalidad subjetiva": ver Anaya, Jaime L., "Equidad y amigable composición" cit.). Resolver el caso según equidad, por fin, no determina necesariamente una decisión "salomónica" por la cual se parta al medio el objeto del litigio y se otorgue a cada uno la mitad de lo que pide. El amigable componedor puede en rigor, debe otorgar el 100% de su pretensión a una parte si encuentra que su oponente nada tiene de razón (48).

En cuanto a las limitaciones referidas al encuadre procesal, los amigables componedores no pueden apartarse de los términos en que quedó trabada la litis (al fin y al cabo, el juicio de amigables componedores, aunque con menor rigor formal que otros, es un juicio), ni conceder a una parte más de lo que pidió. De hecho, laudar *ultra* o *extra petita* es uno de los escasos motivos de los cuales puede derivarse la nulidad de su laudo (art. 771 CPCCN.). Tampoco puede, sin desnaturalizar su misión y poner en riesgo la validez del laudo, apartarse de los hechos probados que resulten de la causa.

Los árbitros de equidad deben, en fin, actuar con buena fe, ser honestos e independientes, dar a las partes igual oportunidad de exponer su caso y actuar sin engaño.

Está claro, pues, que la solución en equidad no puede apartarse de aquellas normas que se imponen a la autonomía de voluntad de las partes por ser de orden público. Ello incluye las normas procesales del lugar de la sede, *lex arbitri*, que participen de esta característica. A ello sin duda alude Anaya (Anaya, Jaime L., "Equidad y amigable composición" cit.) cuando refiere a la necesidad del amigable componedor de estudiar la ley. Sin embargo, no es lo mismo investigar un sistema jurídico nacional aplicable a fin de dar con la solución justa del litigio que buscar si existen en el sistema jurídico aplicable al caso normas de orden público, ya sea de naturaleza procesal o de fondo, que inhiben el acuerdo de arbitraje o limitan el ámbito de decisión del amigable componedor. Es que una vez satisfecho de la validez de la cláusula arbitral correspondiente, el "árbitro arbitrador", en la esfera de sus facultades no restringida por normas específicas indisponibles para las partes, tendrá amplia facultad para decidir el caso según su leal saber y entender, y sin fijarse en lo que disponen las restantes leyes que serían aplicables de no mediar el acuerdo.

Un caso especial de normativa de orden público resulta de los sistemas de protección de ciertas personas o categorías, como

lo son las normas de defensa de los derechos del consumidor (49). En estos casos, en tanto el derecho de la parte protegida por la ley no resulte conculcado, no existe inconveniente en que los conflictos derivados de las relaciones de consumo puedan ser resueltos mediante arbitraje de amigables componedores. De hecho, ése es un campo en que el arbitraje ha demostrado ser particularmente eficaz, como lo comprueban las experiencias de España y de la Argentina (50).

6. LA MATERIA ARBITRABLE MEDIANTE ARBITRAJE DE EQUIDAD

En cuanto al ámbito material de las controversias susceptibles de ser solucionadas mediante arbitraje de equidad, fuera de lo ya expuesto, el árbitro iuris y el amigable componedor gozan de exactamente las mismas facultades, aunque, vale la pena aclararlo, la competencia dentro de dicho ámbito va a encontrarse limitada en concreto por lo pactado en la correspondiente convención arbitral (art. 766 CPCCN.), y los términos en que se haya trabado la litis, de resultas de las presentaciones de las partes.

Muy lejos en el tiempo ha quedado alguna antigua teoría carente de todo asidero que postulaba la imposibilidad de los amigables componedores de resolver "*cuestiones de derecho*" (51), limitando su campo a las "*cuestiones de hecho*" (52).

La arbitrabilidad de una determinada materia o cuestión no depende de la naturaleza del arbitraje escogido por las partes, sino de la naturaleza de los derechos involucrados en ella. El ámbito natural del arbitraje son los derechos disponibles (susceptibles de transacción, conforme a la fórmula elegida por nuestro legislador en los arts. 736 y 737 CPCCN.). Siendo disponible el derecho que subyace en la controversia, la materia es arbitrable, esto es, puede ser decidida por árbitros, sean éstos de derecho o de equidad; careciendo de esa condición, no es arbitrable para ninguno de ellos.

Con todo, alguna duda puede plantearse en torno a la posibilidad de los amigables componedores, incluyendo aquellos legos no versados en derecho, de declarar la inconstitucionalidad de una ley. Tomando en cuenta que, conforme al sistema judicial argentino, el control ejercido por el Poder Judicial sobre la constitucionalidad de las leyes es difuso, y no se encuentra centralizado en un órgano dotado de dicha función, la doctrina y la jurisprudencia se han inclinado por admitir este poder, bien que sujetándolo a las mismas restricciones que sufren los jueces ordinarios. Los principales argumentos se basan en considerar que los árbitros, aun los amigables componedores, ejercen jurisdicción al igual que los jueces, y por lo tanto no cabe efectuar distinciones (53).

Si bien se mira, el debate únicamente reviste utilidad referido a las normas de orden público, ya que la aplicación de aquellas normas que consagran derechos disponibles por las partes puede ser obviada por los amigables componedores sin necesidad de declarar formalmente su inconstitucionalidad. En tal caso, esta declaración parecería superflua, pues, en definitiva, ella no tiene en nuestro sistema de control constitucional más efecto que permitir al juez dejar de aplicar la norma reputada inconstitucional. Al juez o al árbitro de derecho, por estar obligados a aplicar las normas vigentes, les resulta imprescindible declarar la incompatibilidad de alguna de ellas con la Constitución para dejar de aplicarlas. Los amigables componedores no necesitan tal declaración, toda vez que pueden por la propia naturaleza de su misión prescindir de la invocación de la norma o de la fundamentación legal de su decisión.

Distinto es el caso de las normas de orden público, que se imponen a las partes aun cuando medie cláusula de arbitraje de equidad si resulta aplicable al fondo de la controversia el Derecho argentino. En este caso cabe preguntarse si en virtud de la restricción establecida por el art. 737 CPCCN, puede considerarse la cuestión de la constitucionalidad de las leyes como una materia no transigible o no arbitrable y, por consiguiente, extra-

ña a la jurisdicción arbitral y al ámbito de las facultades del amigable componedor. La doctrina más caracterizada y algunos fallos avalan esta facultad, aunque la cuestión dista de ser pacífica. En nuestra opinión, la solución debe buscarse en la cláusula arbitral y el respectivo contrato. En concreto, si la cláusula es lo suficientemente amplia, y la cuestión controvertida podría ser objeto de una transacción, los árbitros amigables componedores deberán analizar aquellas disposiciones aplicables que por ser de orden público no pudieron ser derogadas por las partes, y, consecuentemente, la concordancia de éstas con la norma de jerarquía constitucional. Ello, sin embargo, merecería una fundamentación expresa, que no sería requerida para las cuestiones no jurídicas resueltas, ni para las cuestiones jurídicas regidas por leyes supletorias o que las partes pudieren decidir no observar.

En suma, si los amigables componedores deben aplicar las normas de orden público por ser éstas indisponibles e insoslayables, deben contar también con la facultad de declararlas inconstitucionales si dieran lugar a cualquier conflicto con la Constitución Nacional. Si la única manera de construir un fallo equitativo fuera prescindiendo de una norma que no pueden soslayar, por ser de orden público, no tendrán más alternativa que declarar su inconstitucionalidad (54).

7. SIMPLIFICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS

Los amigables componedores pueden flexibilizar y simplificar los pasos formales necesarios para llegar al laudo. A falta de acuerdo se encuentran autorizados para decidir sobre la sola base de la documentación o de las explicaciones que pueden requerir directamente a las partes o a terceros (55). Éste es un rasgo distintivo que caracteriza a los árbitros arbitradores, lo que incluye, naturalmente, la mayor amplitud de criterio con la que les es permitido valorar la prueba que las partes hubieran producido.

Para algunos la falta de sujeción a formas procesales rígidas incrementa peligrosamente el ámbito discrecional del amigable componedor para llevar adelante el procedimiento. Para nosotros, en cambio, ello insufla al juicio arbitral una saludable bocanada de aire puro. Sobre todo si se lo compara con el ámbito asfixiante por su rigidez del procedimiento judicial, donde la igualdad de trato a las partes se ha convertido en un hipergarantismo que hace prevalecer la extrema severidad de las formas rituales, con total olvido de la finalidad última del proceso (56). En tal sentido, el apego dogmático a las formas rigurosamente simétricas entre los contendientes frecuentemente determina que la verdad material y el derecho sustancial sucumban a meros errores o accidentes procesales, que en sí mismos carecerían de toda consecuencia para la contraparte, y que los abogados abusen de chicanas y vericuetos procesales para ganar un caso que en justicia no los favorece, o para eternizar el proceso.

Dicho ello, sin embargo, cabe recordar que el amigable componedor encuentra dos límites muy claros en esta materia. Por un lado, su libertad procedimental puede ser atenuada por la voluntad de las partes. Si éstas han acordado someterse a ciertas reglas procesales, y el árbitro ha aceptado su función, queda éste obligado a cumplir esas reglas. Esta sujeción se extiende, a nuestro modo de ver, aun a aquellas reglas que el árbitro pueda juzgar incompatibles con la naturaleza de la amigable composición. En un ejemplo extremo, las partes podrían haber pactado arbitraje de amigables componedores, rigiéndose el proceso por las normas previstas para el juicio ordinario. Por más irrazonable que el árbitro juzgue esta decisión de las partes, no puede apartarse de ellas. Por otro lado, fuera del caso en que las partes hayan estipulado reglas específicas para el procedimiento, los amigables componedores deben ejercer con prudencia y discreción sus facultades de crear las reglas a las que se sujetarán las partes y ellos mismos durante el arbitraje. Deberán, en principio, adaptarlas a la naturaleza de la controversia y, en especial, asegurarse de no sorprender a las partes con medidas inesperadas. Ello implica, además, que todo eventual reclamo que realicen las

partes referido al trato inequitativo o a la imposibilidad de ejercer adecuadamente la defensa deba ser oportunamente satisfecho, en la medida en que ello no implique retrotraer el procedimiento ni exponga a las partes a demoras irrazonables, o a complejidades y costos que no guarden proporción con el monto o con la naturaleza de la disputa.

Llegados a este punto resulta apropiado destinar algunas líneas al trabajo de los abogados litigantes en los juicios de amigables componedores, aclarando que no siempre resulta necesario para las partes contar con asesoramiento profesional. Frecuentemente los abogados en esta clase de juicio incurren en el error de fundar exclusivamente en derecho las pretensiones de sus clientes. Es notorio que tales argumentos y alegaciones sobre la interpretación del alcance de las leyes, que los amigables componedores se encuentran eximidos de aplicar, sólo serán de utilidad para los mismos en forma indirecta y accesorio. Tan así es, que si las presentaciones de ambas partes no mencionaran argumentos en equidad referidos a sus respectivas posiciones, los amigables componedores deberían invitar a ambas partes a expresar sus razones por las que consideran que la posición de su parte consulta mejor la equidad que la posición sustentada por la parte contraria, con independencia de las leyes aplicables. No estamos aquí recomendando a los abogados que omitan toda mención de las normas jurídicas que regirían el caso sino, más bien, que concentren sus argumentos en lo que es esencial e importante para la solución del pleito, es decir, en las reglas de la equidad. Los argumentos que apuntan a demostrar cuál sería la solución legal si el arbitraje fuera *iuris* en lugar de ser de amigables componedores, incluyendo la cita de precedentes fallados en casos similares haciendo aplicación de la ley, según ya fuera dicho, podrán servir como apoyatura accesorio al debate, pero serán de escasa utilidad para los amigables componedores.

Los reglamentos de arbitraje institucional por lo general no establecen formas distintas ni distinguen entre el arbitraje *iuris* y el arbitraje de amigables componedores en materia de procedi-

miento, como sí lo hace el CPCCN. Así, por ejemplo, en ambos casos las decisiones de los árbitros suelen ser en su totalidad inapelables y definitivas.

8. EJECUCIÓN

Los laudos de equidad son irrecurribles aun cuando las partes no incluyan una renuncia expresa en la cláusula respectiva (art. 771 CPCCN.) (57). Es posible intentar su impugnación mediante acción de nulidad basada exclusivamente en que el laudo se hubiese pronunciado fuera del plazo fijado (tres meses en ausencia de convención, de acuerdo con el art. 770 CPCCN.), o sobre puntos no comprometidos. Sin embargo, cabe aclarar que existen importantes diferencias entre la demanda de nulidad prevista en el CPCCN. y el recurso de apelación. Entre otras, la relativa al efecto suspensivo que tiene éste y del que carece aquélla (58).

Ello, sin embargo, no impide que en el caso de los laudos extranjeros pueda revisarse la compatibilidad de lo decidido por los árbitros con el orden público internacional del país donde se intenta la ejecución: ésta es una de las causales por las cuales el juez del exequátur puede denegar el reconocimiento del laudo (arts. 517.4 CPCCN. y V.2.b Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros, ratificada por la Argentina mediante ley 23619 [LA 1988 C 3199]).

9. CONCLUSIONES

Los autores han enfocado el arbitraje de amigables componedores desde el campo del arbitraje doméstico y con frecuencia han excluido la perspectiva más amplia que se adquiere cuando se analiza la convención de arbitraje desde el punto de vista del

arbitraje internacional. La ventaja de este perfil es que hace surgir la verdadera esencia de la convención y relativiza las conclusiones a veces dogmáticas de quienes se limitan a comentar las posibles facultades de los amigables componedores según el respectivo Código Procesal local. Surge así la permanente utilidad del arbitraje de equidad como un medio que permite a las partes superar los conflictos entre sistemas jurídicos contradictorios que resulten, según sus propias normas, aplicables al contrato internacional, a los derechos y obligaciones de las partes y a las formas del procedimiento arbitral.

El arbitraje de equidad resulta una herramienta eficaz para fortalecer el laudo y blindarlo contra eventuales impugnaciones que pretendan basarse en errores de derecho o en la inobservancia de formas no esenciales. Permite a las partes buscar soluciones que preserven el contrato en caso de alteraciones en la legislación, cambios en la tecnología o circunstancias de hecho no previstas que, sin llegar a encuadrarse en la tipicidad del caso fortuito, el hecho del príncipe o la fuerza mayor, o en la llamada teoría de la imprevisión (art. 1198 CCiv.), alteren el equilibrio de las prestaciones debidas en perjuicio de una de las dos partes en el contrato.

En contraste con el excesivo rigor de las normas procesales, el arbitraje de equidad recobra el fin último del procedimiento, que es el conocimiento de la verdad de los hechos a fin de concretar efectivamente y en tiempo útil la solución más justa posible del conflicto, con el menor costo para los contendientes.

NOTAS:

- (1) Los Códigos de Procedimientos provinciales, con ligeras variantes, repiten la distinción entre juicio arbitral y juicio de amigables componedores: Buenos Aires (ALJA 1968-B-1446), art. 804 ; Catamarca (ALJA 1970-B-686), art. 793; Corrientes (LA 2000-B-2403), art. 766 ; Chaco (LA 1999-B-2058), art. 769; Chubut (LA 1983-B-2450), art. 766; Entre Ríos (LA 1992-C-4223), art. 795; Formosa (LA 1986-B-1910), art. 801; La Pampa (LA 1999-C-3969), art. 743; Mendoza (LA 1993-A-1037), art. 295; Santa Cruz (LA 1981-B-2241), art. 750; Santiago del Estero, art. 785 y Tierra del Fuego (LA 1998-A-1301), art. 741 . Por otro lado, los Códigos de Jujuy, art. 408, y Tucumán (LA 1993-A-1458), art. 452, únicamente admiten el arbitraje de amigables componedores.
- (2) Sobre la pericia arbitral remitimos a Caivano, Roque J., "La pericia arbitral y una nueva muestra de la falta de cultura arbitral", JA 2001-I-134; y a Anaya, Jaime L., "La olvidada pericia arbitral", ED 134-605.
- (3) El Código de Comercio menciona en varios de sus artículos a "arbitradores" (arts. 128, 156, 158 y 256, entre otros). Para Segovia la palabra "arbitradores", tal como fue usada en nuestro viejo Código de Comercio, sería un "portuguesismo", ya que se trataría en los citados artículos de peritos y no de árbitros, y ciertamente no cabe concluir que los mismos tendrían la misión de emitir laudos según su leal saber y entender. Cita de Segovia, Lisandro, "Código de Comercio", 1892, Ed. Gunche, Weibeck y Turf, nota 446, p. 159, citado por Jofré, Tomás, "Juicio de árbitros. Competencia", JA 11-1923-163, n. 16.
- (4) Art. 1445 CCom. México (que también recepta la denominación de "árbitros en conciencia"); art. 1019 CPC. República Dominicana. La legislación colombiana sobre mecanismos alternos de resolución de conflictos reserva esta denominación para el mecanismo por medio del cual dos o más particulares delegan en un tercero la facultad de precisar, con fuerza vinculante para ellas, el estado, las partes y la forma de cumplimiento de un negocio jurídico particular (art. 223).

- (5) Art. 626 CPC. Chile (aplicable únicamente a arbitrajes domésticos).
- (6) Arts. 19 y 20 Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social de Costa Rica; art. 3 Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador; art. 34 Ley de Arbitraje de España (en la exposición de motivos se aclara que las partes pueden pactarlo ya sea a través de una remisión literal a la "equidad" o a términos similares como decisión "en conciencia", *ex aequo et bono*, o que el árbitro actuará como "amigable componedor"); art. 37 Ley de Arbitraje de Guatemala (aunque alude indistintamente a "arbitraje de equidad", arbitraje *ex aequo et bono* o "amigable composición"); art. 34 Ley de Arbitraje y Conciliación de Honduras; art. 808 CPC. Italia; art. 2 Ley de Arbitraje, Conciliación y Mediación de Panamá; art. 32 Ley de Arbitraje de Paraguay (que también alude a la amigable composición); art. 8 Ley de Arbitraje de Venezuela.
- (7) Códigos Procesales de las provincias de Córdoba (art. 633) y Santa Fe (art. 431). A título anecdótico puede señalarse que en el idioma inglés no existe ninguna denominación propia para esta clase de arbitraje. Los textos legales y reglamentarios, la doctrina y la jurisprudencia recurren, alternativamente, a la voz latina *ex aequo et bono* para calificar la naturaleza de sus decisiones, o a la francesa *amiable compositeurs* para designarlos. Puede verse: art. 28.3 *Uncitral Model Law*; art. 33.2 *Uncitral Arbitration Rules*; art. 17.3 *Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce*; art. 22.4 *London Court of International Arbitration Rules*; art. 28.3 *New Zealand Arbitration Act 1996*; art. 28.3 *Commercial Arbitration Act of Canada*.
- (8) La Ley de Arbitraje de Perú, en su art. 3, lo define como aquel en que los árbitros "resuelven conforme a sus conocimientos y leal saber y entender".
- (9) Serantes Peña, Oscar E. y Palma, Jorge F., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", t. III, 1984, Ed. Depalma, p. 426 y fallos citados en nota 50.
- (10) Art. 54.II Ley de Arbitraje de Bolivia ("...conforme a sus conocimientos y leal saber y entender"); art. 3 Ley de Arbitraje de Ecuador; art. 37.1 Ley de Arbitraje de Guatemala; art. 3 Ley de Arbitraje de Panamá; art. 32 Ley de Arbitraje de Paraguay; art. 24 inc. e Ley de Arbitraje 540 de Nicaragua ("...*ex aequo et bono*, se da cuando el Tribunal Arbitral resuelve conforme a sus conocimientos profesionales y técnicos").

- (11) Art. 20 Ley de Arbitraje de Costa Rica; art. 34 Ley de Arbitraje de España; art. 34 inc. b Ley de Arbitraje de Honduras ("...según el sentimiento común y la equidad").
- (12) El CPCCN. identifica a la conciliación como un modo "anormal" de terminación del proceso, distinguiéndola de la "transacción". Fuera de que resulta ciertamente sofisticada la diferencia entre ambas figuras, la conciliación podría consistir en un acuerdo de arbitraje a posteriori por el que las partes abandonen la jurisdicción estatal y resuelvan sujetarse a la decisión de un laudo de árbitro o de amigables componedores. Fenochietto considera a la transacción como un contrato con efectos procesales cuando versa sobre derechos litigiosos (Fenochietto, Carlos E., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, comentado, anotado y concordado con los Códigos provinciales", t. II, 1999, Ed. Astrea, p. 180). La conciliación procesal (en el CPCCN.) es un típico acto procesal celebrado ante el tribunal de la causa en el que el juez o quien lo reemplaza puede adoptar una conducta activa proponiendo fórmulas conciliadoras.
- (13) La mediación puede ser definida, sencillamente, como una negociación asistida por un tercero neutral llamado mediador. Sobre el tema remitimos a Caivano, Roque J., Gobbi, Marcelo y Padilla, Roberto E., "Negociación y mediación", 1997, Ed. Ad-Hoc. La mediación y la conciliación del art. 309 CPCCN. tienen idéntica finalidad, pero una es realizada por un tercero neutral para prevenir un juicio y la otra es realizada por el juez para poner fin a un juicio ya iniciado. En un sentido más general del término, como el mediador trata de conciliar a las partes, las diferencias entre ambas suelen ser sutiles (Fouchard, Gaillard y Goldman, "International Commercial Arbitration", Gaillard, Emmanuel y Savage, John [eds.], 1999, Ed. Kluwer Law International, La Haya, p. 13).
- (14) Ello no impide que el árbitro pueda actuar como facilitador de un acuerdo, del mismo modo que puede hacerlo el juez en el curso de un proceso judicial. Sin embargo, ese doble rol puede presentar complicaciones y, en principio, debe reservarse para casos en que las partes así lo requieran. Ver Gamboa Morales, Nicolás, "Un aporte del arbitraje: las Reglas de la IBA. sobre Recepción de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional", en Zapata de Arbeláez, Adriana (coord.), "Derecho Internacional de los Negocios", t. II, 2003, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, p. 133 y ss.

- (15) Con anterioridad a la sanción de la ley 24573 (LA 1995-C-3140), que estableció la mediación obligatoria previa a la demanda iniciada ante los tribunales nacionales, podía anotarse como otra diferencia sustancial que mientras que el laudo de un amigable componedor estaba revestido de la calidad de cosa juzgada y su cumplimiento forzado podía perseguirse por los procedimientos de ejecución de sentencia (art. 499 CPCCN.), un acuerdo entre las partes no tenía más fuerza obligatoria que la de un contrato, salvo cuando ese acuerdo se hubiese dado en el marco de un proceso judicial y fuera luego homologado por sentencia judicial (en cuyo caso la fuerza de cosa juzgada no emanaba de aquél sino de ésta), o cuando tuviese las características de la transacción (conf. art. 850 CCiv.). Sin embargo, para las mediaciones que se desarrollan bajo el específico marco de esa ley, la norma le atribuye al acuerdo que las partes celebran con la asistencia de un mediador efectos similares a la sentencia (art. 12 párr. 3º ley 24573), en cuanto a su posible ejecución mediante un procedimiento abreviado. Aun así, ello no implica dotarlo de los efectos de cosa juzgada, que es característica esencial del laudo arbitral.
- (16) “Los árbitros proceden y fallan con arreglo a las leyes, como los jueces ordinarios, y los arbitradores en cualquier manera que ellos tengan por bien, con tal que sea de buena fe y sin engaño”. (Fallos 22:371, JA 3-348, citado por Jofré, Tomás, “Juicio de árbitros. Competencia” cit.).
- (17) Boggiano, Antonio, “El arbitraje y la amigable composición”, ED 135-893.
- (18) Tal, por ejemplo, lo dispuesto en la Ley Modelo de Arbitraje de Uncitral de 1985 (art. 28.3) y en las legislaciones positivas de Alemania (sección 1058.3); Brasil (art. 11.II); Canadá (art. 28.3); Chile (art. 28.3); Corea (art. 29.3); España (art. 34.1); Francia (art. 1475 del nuevo Código Procesal); Grecia (art. 28.3); Guatemala (art. 37.3); Holanda (art. 1054.3 Código de Procedimiento Civil); Honduras (art. 66); Italia (art. 822 Código de Procedimiento Civil); México (art. 1445 Código de Comercio); Paraguay (art. 32); Perú (art. 117, aplicable al arbitraje internacional); y Venezuela (art. 8). En la legislación boliviana la regla varía según se trate de arbitraje internacional o doméstico: en el primero prevalece el arbitraje de derecho (art. 73.3), mientras que en el segundo la norma de reserva remite al arbitraje de equidad (art. 54.2).

- (19) Así puede verse en los Reglamentos de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCL), art. 17.3; de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC.), art. 33.2 (1978); de la London Court of International Arbitration (LCIA.), art. 22.4; y de la American Arbitration Association (AAA.), art. 28.3. En cambio, la solución del CPCCN. es adoptada por el Reglamento del Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio de Bs. As. (art. 2). Otras, por fin, sólo prevén el arbitraje de amigables componedores: tal el caso de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires (Reglamento aprobado por decreto 931/1998). Sobre el funcionamiento de este último tribunal puede verse Caivano, Roque J., "El arbitraje en el comercio de granos", ED 167-826.
- (20) "El árbitro no puede instituirse a sí mismo en amigable componedor" (Santos Belandro, Rubén B., "Seis lecciones sobre el arbitraje privado [interno e internacional]", 2002, Ed. Asociación de Escribanos de Uruguay, Montevideo, p. 168).
- (21) "La fundamentación según el leal saber es por cierto muy apropiada para el arbitraje pericial que tiene por objeto resolver exclusivamente cuestiones de hecho concretadas expresamente (art. 773 CPCCN.). Y resulta comprensible su razonabilidad en aquella justicia comercial que fue inicialmente de los gremios y corporaciones y se continuó en los consulados, en la que jueces comerciantes resolvían sobre cuestiones inherentes a su propia actividad, bajo las reglas de un derecho oriundo de sus propias costumbres. Pero en el tránsito operado desde el derecho del comerciante individual, o al menos configurado a partir de él, hacia el derecho de los grupos societarios, organizaciones empresarias y negocios de mayor complejidad, la conveniencia del arbitraje librado al leal saber de arbitradores requiere una cuidadosa selección de quienes van a laudar. Sin excluir la conveniencia de los escabinos con relación a ciertas materias, la máxima prudencia aconsejable conduce a la selección de abogados especializados, cuyo saber culto sea una garantía de la solidez jurídica de sus laudos". Anaya, Jaime L., "Equidad y amigable composición", ED 181-548.
- (22) En la actualidad la doctrina concerniente a los arbitrajes internacionales considera la posibilidad de negocios o contratos transnacionales desprendidos de todo sistema jurídico, o al menos no comprendidos en un único sistema normativo. Así, el art. 17

Reglamento CCI. autoriza al árbitro en ausencia de acuerdo a aplicar las normas jurídicas que considere apropiadas y a tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes. Craig, W. Laurence, Park, William y Paulsson, Jan, "International Chamber of Commerce Arbitration", 2000, Ed. Oceana Publications Inc., Dobbs Ferry, Nueva York, p. 335. También debe mencionarse la importancia que adquieren en el comercio las formulaciones transnacionales como lo son los Principios de Unidroit, del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, 1994, Roma, aplicables cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos.

- (23) Zavala Rodríguez, Carlos J., "Código de Comercio comentado", t. I, 1967, Ed. Depalma, p. 559, comentario al art. 448: "Estos árbitros pueden actuar en cualquier manera que ellos tengan a bien, con tal de que sea de buena fe y sin engaño (JA 3-348). Los árbitros de equidad pueden hacerlo todo, excepto negar audiencia adecuada a alguna de las partes. El principio de contradicción (defensa) ha de ser respetado por ellos también, y si no se observa, el arbitraje de equidad será un arbitraje nulo" (citado en C. Civ. y Com. Tucumán, 9/5/1968, "Jiménez de Martínez, Josefina v. Nieto, José M.", LL 184-417).
- (24) Deben dejarse a salvo los casos de recurso o demanda de nulidad, los que no se consideran renunciables y mantienen vigente siempre la posibilidad para los tribunales judiciales de control del laudo arbitral. Sin embargo, debe recordarse que en estos supuestos sólo se revisa la validez del laudo, confrontándolo con las causales de nulidad taxativamente previstas por la ley o por los tratados que resulten aplicables.
- (25) Existe una diferencia fundamental entre la misión de los árbitros de derecho y los amigables componedores. En este caso las partes voluntariamente se sometieron a juicio de amigables componedores o arbitradores, y corresponde que se sujeten a las consecuencias de tal opción. Los amigables componedores son árbitros en equidad y fallan según su ciencia y conciencia, y por ello, salvo en casos extremos en que se habilita la acción de nulidad, el laudo no es revisable por jueces de iure (C. Nac. Com., sala E, 4/4/1989, "Salaberry, G. y otro v. Natalio Alba S.A.", JA 1989-III-514).
- (26) "El hecho de que en éste [se refiere al procedimiento] los arbitradores resuelvan según su 'leal saber y entender' no significa que el

laudo prescinda de aplicar el derecho... la decisión de las causas sometidas a los amigables componedores siempre deberá tener como fundamento el leal saber y entender de letrados, vale decir que deberá integrarse con el saber y entender de hombres versados en derecho". Ver Anaya, Jaime L., "Equidad y amigable composición", ED 181-548.

- (27) Anaya, Jaime L., "Equidad y amigable composición" cit.
- (28) Aunque en franco retroceso frente a normas de atribución directa de la ley aplicable, muchas leyes y reglamentos aún conservan el sistema de reenvío para determinar la ley aplicable. Las particularidades de estas normas de reenvío también obran como incentivo al arbitraje de amigables componedores, ya que con ellas las partes pueden no tener certeza sobre qué ley regirá finalmente la solución de sus controversias.
- (29) Como se ha dicho con acierto, el concepto de equidad se presenta como impreciso, huidizo y controvertido. Mosset Iturraspe, Jorge, "La equidad", revista *Tribunales*, año II, n. 9, 1988, p. 93, con cita de Lapieza Elli, Ángel, "Aequitas", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, p. 2.
- (30) Un interesante desarrollo del concepto equidad en la esfera del Derecho Penal puede verse en Fletcher, George P., "Lo justo y lo razonable", 2005, Ed. Hammurabi.
- (31) Recasens Siches, Luis en "Enciclopedia Jurídica Omeba", t. X, 1982, Ed. Driskill, voz "equidad", p. 427. Falcón recuerda que equidad viene de aequitas, cuya evolución en el Derecho romano constituyó la adecuación del derecho positivo a los hábitos, costumbres, sentimientos e instintos morales e intelectuales arraigados en la conciencia colectiva (Falcón, Enrique, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", t. IV, Ed. Abeledo-Perrot, p. 661, comentario al art. 769).
- (32) Recasens Siches, Luis en "Enciclopedia Jurídica Omeba" cit.
- (33) Un excelente trabajo en este sentido puede verse en Pesaresi, Guillermo M., "Apuntes sobre los conceptos, clasificaciones y aplicaciones de la equidad en el Derecho argentino", JA 2005-I-1353.
- (34) Vernengo, Roberto J., "Sobre algunas funciones de la equidad", LL 155-1200.

- (35) De Trazegnies Granda, Fernando, "Arbitraje de derecho y arbitraje de conciencia", rev. *Ius et Veritas*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, año VII, n. 12, 1996, p. 115 y ss.
- (36) Se ha señalado que la equidad aparece como un concepto actualizado, ofreciendo remarcables oportunidades por una nueva concepción de la administración de justicia y del papel del juez. Arnaud, André-Jean, "Consideraciones sobre el juez y la función de juzgar en el siglo XXI", *LL Supl. Actualidad* del 4/11/2003.
- (37) Trib. Arbitraje Gral. Bolsa de Com. Bs. As., "Caja de Valores S.A. v. Lanzillota, Gustavo", LL 1990-B-554. Paulsson, Jan et al., "International Chamber of Commerce Arbitration" cit., ap. 8.05, p. 347. Ello, empero, como se verá, no implica que el amigable componedor debe procurar que la solución satisfaga a las partes, sino que debe atribuir la razón a quien la tiene, en la medida en que él crea que la tiene.
- (38) Fouchard, Gaillard y Goldman, "International Commercial Arbitration" cit., p. 840.
- (39) Ver laudo citado supra en nota 37.
- (40) Craig, W. Laurence, Park, William y Paulsson, Jan, "International Chamber of Commerce Arbitration" cit., p. 114.
- (41) Carnelutti enseñaba que "juicio de equidad" no quiere decir juicio sin regla, porque en tal caso no sería juicio, sino "juicio según una regla que puede ser buscada fuera del derecho, o, mejor aún, sobre el derecho". Carnelutti, Francesco, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", 1997, Biblioteca Clásicos del Derecho Procesal, México, p. 228.
- (42) Sobre el tema puede verse Mustill, Michael, "The new Lex Mercatoria: the first twenty-five years", 1988, *Arbitration International*, p. 86 y ss. Allí se lo define como un conjunto de principios generales y reglas consuetudinarias, espontáneamente referidas o elaboradas, en el marco del comercio internacional, sin referencia a un particular sistema normativo nacional ("A set of general principles, and customary rules spontaneously referred to or elaborated in the framework of international trade, without reference to a particular national system of laws").

- (43) Anaya, Jaime L., "Recursos contra los laudos arbitrales", ED 161-514.
- (44) Craig, W. Laurence, Park, William y Paulsson, Jan, "International Chamber of Commerce Arbitration" cit., p. 110.
- (45) C. Nac. Civ., sala F, 3/8/1990, "Bulo, R. v. Comisión Nacional de Vivienda", JA 1991-II-607; C. Nac. Civ., sala E, 7/4/1997, "Temperato, Francisco y otra v. Belsito, Zulema" y "Belsito, Z. v. Temperato, F. y otro", LL 1997-D-434.
- (46) "De donde se desprende que la equidad no puede calificarse como ajena al derecho, especialmente al mercantil" (del fallo citado en nota 37).
- (47) Art. 2068 CCiv.: "Cuando las personas se sirvieren del medio de la suerte, no como apuesta o juego, sino para dividir cosas comunes o terminar cuestiones, producirá en el primer caso los efectos de una partición legítima, y en el segundo los de una transacción".
- (48) Caivano, Roque J., disertación en las Jornadas Nacionales de Tribunales Arbitrales, Bolsa de Comercio de Rosario, 24 y 25/6/2004.
- (49) Ley 24240 (LA 1993-C-3012), decreto 276/1998 (LA 1998-B-1523) y resolución SICyM. 212/1998.
- (50) Sobre el tema remitimos a Caivano, Roque J., "El arbitraje de consumo en España", LL 1996-A-1547; y "El arbitraje de consumo en la Argentina", JA 2003-II-813. Trib. Arbitrales de Consumo, expte. 01220/98, LL 1999-E-491; Trib. Arbitrales de Consumo, 20/10/1998, expte. 0941/98, LL 1999-B-438. Ver.
- (51) Corte Sup., "Bruce, David v. De la Carreras, Ernesto", Fallos 22:371, 1880.
- (52) A modo de ejemplo, se ha resuelto que ya se trate de árbitros iuris o de amigables componedores, en ninguno de los dos casos quedan excluidas las cuestiones de derecho, que han de ser resueltas -en el segundo caso- "a buena fe guardada y verdad sabida" (C. Civ. y Com. San Isidro, sala 2ª, 29/10/1991, "Rodríguez Palacios v. Peña Fernández").

- (53) Palacio, Lino E., "Otra vez sobre el arbitraje y el control de constitucionalidad", LL 2004-D-19; Morello, Augusto M., "¿Pueden los árbitros declarar la inconstitucionalidad de las leyes?", ED 198-467; Caputo, Leandro J., "Reflexiones en torno a la competencia arbitral para resolver cuestiones constitucionales", JA 2003-II-954; Aguilar, Fernando, "Arbitraje internacional: algunas cuestiones prácticas", conferencia pronunciada en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, 29/5/2003 (la versión corregida por el autor puede verse en <http://>); Bianchi, Roberto A., "Competencia arbitral para decidir sobre la constitucionalidad", JA 2003-IV-75.
- (54) C. Nac. Com., sala E, 11/6/2003, "Otondo, César A. y otro v. Cortina Beruatto S.A. y otros", JA 2003-IV-19, comentado por Bianchi, Roberto A.: "...los árbitros tienen, dentro del marco de lo jurídicamente disponible y efectivamente comprometido, amplia competencia para entender en las cuestiones que les fueron sometidas por las partes, con la facultad implícita de declarar la validez o invalidez constitucional de normas jurídicas".
- (55) Art. 769 CPCCN.
- (56) Richard, Efraín H., "Arbitraje de derecho", disertación en las Jornadas Nacionales de Tribunales Arbitrales, Bolsa de Comercio de Rosario, 24 y 25/6/2004, y "El arbitraje de Derecho", en .
- (57) Anaya, Jaime L., "Recursos contra los laudos arbitrales" cit., ED 161-514. Contra el laudo de los amigables compondores no existe recurso alguno, y la exclusión de los recursos se encuentra compensada por una acción de nulidad que solamente puede sustentarse en que el laudo se pronunció fuera del plazo o sobre asuntos no comprometidos. Sobre el tema puede verse, en extenso, Caivano, Roque J., "Recursos en el arbitraje", Revista de Derecho Procesal, Ed. Rubinzal-Culzoni, n. 2, marzo de 1999, ps. 271/352.
- (58) Sobre el tema puede verse C. Civ. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 9/9/1997, "Schwarzbach, José v. Cappelacci, José", con nota de Caivano, Roque J., "La ejecución de los laudos arbitrales", JA 1998-II-30.

13/9/2006

Vertical line on the left side of the page.

Globalización de los contratos administrativos mediante *las cláusulas paraguas*

Javier Robalino Orellana¹

SUMARIO

1. Breve introducción a la lex mercatoria. Ius Ingeniorum. Lex Petrolea. 2. Cláusulas paraguas y contratos administrativos. 2.1. SCS c. Pakistán. 2.2. SGS c. Filipinas. 3. Las cláusulas paraguas y su importancia para el tema. 3.1. La redacción de las cláusulas y sus consecuencias. 3.2. ¿Qué reclamos están cubiertos por las cláusulas paraguas? 4. Crítica a la aproximación nominalista. 5. Cláusulas similares.

EXTRACTO

Las APPs son una opción frente a modalidades de contratación administrativa más agresivas como aquellas típicas de la época de las privatizaciones. Las APPs conjugan la indispensable colaboración entre el sector público y el privado.

1. Profesor y Director del Área de Derecho Administrativo en la Universidad San Francisco de Quito. Socio de Pérez Bustamante & Ponce, Quito, Ecuador. Mi agradecimiento a Mario Navarrete por su apoyo en esta investigación.

1. LEX MERCATORIA

La ley comercial moderna tiene sus raíces en la *lex mercatoria* de la edad media. Esa *lex mercatoria* igualmente tiene sus raíces en los usos y prácticas generales comunes de los comerciantes a través de Europa y que fue aplicada, casi uniformemente, por las cortes comerciales en diferentes países.

En la actualidad, la *lex mercatoria* ha sido definida como un conjunto de principios generales, de instituciones y reglas, adicionadas a todas las fuentes que han progresivamente alimentado y continúan alimentando las estructuras y el funcionamiento jurídico propios de la colectividad de operadores del comercio internacional, en términos más específicos, son los principios internacionalmente aceptados como ley aplicable a las relaciones contractuales.

La *lex Mercatoria* se nutre fundamentalmente de los usos y costumbres resultantes del agrupamiento de los modos de comportamiento y prácticas que adoptan de manera particular las fuerzas o agentes que crean e intervienen de manera directa en un mercado específico. Un ejemplo claro del reconocimiento de esos usos y costumbres a nivel internacional son los INCOTERMS (UNIDROIT/PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW/ CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS/UPC 600), un grupo de reglas internacionales compiladas de manera uniforme por la Cámara de Comercio Internacional de París que sirven como medio de interpretación de las relaciones surgidas con motivo de los contratos de compra-venta internacional de mercaderías. Igualmente, la *lex mercatoria* se nutre de los contratos tipo de uso común en el tracto comercial internacional y de los pronunciamientos que en la materia son proferidos por los tribunales de arbitramento internacional.

La dificultad más grande para definir acertadamente la *lex mercatoria*, es su autonomía. Santi Romano explica que puede ordenarse a un ordenamiento jurídico individual y único que todo cuerpo social suficientemente estructurado constituye un orden jurídico, entendiéndose que él mismo comprende, las instituciones y/o mecanismos destinados para el buen uso de las relaciones sociales o la resolución de conflictos. Resultando determinante entonces, el estudiar el factor de la capacidad de coerción del ordenamiento (*lex mercatoria*) ? en el que ciertamente debe considerarse la existencia efectiva de tal aptitud, esto es, la de la real coerción por parte de la *societas*? en razón de los medios sociales de contención, referentes al pundonor de los operadores, los cuales se expresan a través de las diferentes sanciones o acciones que pueden emprender los gremios hacia sus miembros sin que con ellas se desconozca de manera alguna los límites de tales conductas, y la remisión obligada de aquellas a los correspondientes ordenamientos. Pues se observa que, a pesar de esa aptitud coercitiva, su reconocimiento por parte de los mismos (ordenamientos), resulta determinante para que proceda su implementación por los correspondientes sistemas. Pues en todo caso, su existencia resulta innegable, por que como se analizará posteriormente, su desarrollo en la práctica comercial internacional y a nivel jurisprudencial, señala claras evidencias sobre esta. Resaltando, que en el mundo de las relaciones comerciales internacionales, las partes tienden a acordar la exclusión de sus disputas de las correspondientes legislaciones locales.

En lo que al *pacta sunt servanda* se refiere, habremos de anotar que este se constituye como uno de los puntos centrales sobre los cuales ha girado el desarrollo de la *lex mercatoria*, no sólo en el plano académico sino también en lo que a su recepción por parte de los ordenamientos concierne. Así, se plantea el problema de la ley aplicable al caso concreto cuando media un pacto arbitral, o cuando bien, simplemente se acude ante la jurisdicción estatal para la resolución de la controversia materia sobre la cual omitimos ocuparnos de lo concerniente al aspecto procesal (juez o árbitro que deben conocer, su prelación, procedimien-

to...), para ocuparnos de lo que respecta a las normas de derecho (ley aplicable al contrato), y reconocer que la escisión entre una y otra materia es palpable, por no tratarse aquí del clásico aforismo: *qui eligit iudicem, eligit ius*, concepto superado por los distintos ordenamientos, si no bien, por la misma materia que nos ocupa, con alcance global, que impediría en todo caso formular una solución unívoca al respecto.

Ius Ingeniorum

El *Ius Ingeniorum* es el producto de la estandarización de los contratos, del uso frecuente de guías técnicas y de los laudos arbitrales. Entre los usos del comercio y los contratos modelo, son estos últimos los que más contribuyen a la creación de un derecho de los contratos internacionales de construcción. Lo anterior encuentra sustento en aquellos países en vía de desarrollo, en donde es clara la tendencia a la utilización de los contratos tipo creados y desarrollados por el Banco Mundial y FIDIC, y en donde es clara la ausencia de una normativa coherente con las necesidades que se presentan con motivo de la incorporación y ejecución de formas contractuales fundamentadas en esos contratos modelo.

El contenido del *ius ingeniorum* es el siguiente:

- La realización de estudios previos al proyecto
- Los sistemas de fijación de precios
- Cláusulas de revisión de precios
- Establecimiento de garantías de ejecución de obra, de estabilidad de obra y de pago
- Utilización de la figura del *Engineer*
- Cláusulas Penales
- Utilización de los contratos modelo

Lex Petrolea

En los últimos treinta años, un número cada vez más grande de laudos arbitrales internacionales relacionados con la industria petrolera han sido expedidos. Estas decisiones proveen material del que se nutre la costumbre internacional. En una demanda contra Kuwait, el Estado argumentó que los conflictos de esta especie han generado una costumbre válida para la industria petrolera –una *lex petrolea*– que informaba la *lex mercatoria*.

Según Doak Bishop, la *lex petrolea* está conformada por:

- Expropiaciones y concesiones
- Nacionalización de contratos
- Legalidad de expropiaciones
- Efecto de las cláusulas de estabilización

2. CLÁUSULAS PARAGUAS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Si bien la distinción no ha sido absoluta e inmutable, siempre se ha trazado una línea que separa el derecho local del derecho internacional. Por ejemplo, para accionar la protección diplomática, un mecanismo típico de derecho internacional, se requiere, entre otras cosas, que el estado en contra de quien se dirige el reclamo haya violado una norma en derecho internacional público, y no simplemente normas de la legislación interna.

Ahora bien, el panorama cambia sustancialmente cuando un enfoque internacionalista liberal se desarrolla en la década de 1950 y argumenta que el comercio internacional, la inversión y una protección internacional efectiva de los contratos lograrían la paz y prosperidad (Newcombe y Paradell 438).

A partir de la redacción y vigencia de la Convención de Washington para el tema de los reclamos contractuales y los

reclamos bajo el tratado adquiere relevancia en vista del particular mecanismo de solución de controversias previsto en la Convención.

Los Estados firmaban tratados de protección y promoción recíproca de inversiones con sus pares, es decir, otros estados, pero eran los nacionales, los inversionistas quienes accedían a la protección prevista en ellos.

Para no ahondar en detalles irrelevantes para el análisis, situémonos en los dos casos SGS que marcaron un antes y un después en este tema. Debemos advertir, sin embargo, que la discusión en ambos casos, se concentraba en la amplitud de las cláusulas paraguas, presentes en el TBI Suiza-Filipinas y Suiza-Pakistán. Si bien estos casos son importantes, no cubren todas las posibilidades en las que un reclamo bajo el tratado y bajo el contrato puede confundirse.

2.1 SGS c. Pakistán

SGS, una compañía de nacionalidad suiza, demandó al gobierno pakistaní el 12 de octubre de 2001, alegando que su inversión había sido expropiada violando así el Tratado Bilateral de Inversiones firmado entre Suiza y Pakistán. Los estándares presuntamente violados fueron: trato justo y equitativo, protección y seguridad plena, y haber inobservado la cláusula paraguas. También se demandó el incumplimiento contractual por parte del Estado receptor de la inversión. El Estado presentó excepciones a la jurisdicción del Tribunal, que en un laudo parcial se declaró competente sobre las violaciones al tratado pero incompetente sobre el incumplimiento contractual.

En este caso, el Tribunal se enfrentó a una cláusula paraguas de redacción amplia, y sostuvo que una interpretación amplia, en última instancia, podría confundir todo tipo de reclamos contractuales con reclamos bajo el Derecho Internacional, benefi-

ciendo así al inversionista (Newcombe y Paradell 438). Entendiendo de manera restrictiva la cláusula paraguas, el Tribunal pretendía prevenir una expansión casi sin límites de reclamos bajo el TBI que no se relacionaban con una inversión sino con una mera transacción comercial. Además, el Tribunal temía que se estaría arbitrando sobre derecho local, sobre normas dictadas en potestad soberana de los estados.

La decisión del Tribunal fue duramente criticada por varias voces autorizadas, quienes argumentaron que la aproximación restrictiva a la cláusula paraguas atentaba en contra de la voluntad original de las partes –en este caso fue interesante el pronunciamiento oficial de Suiza declarando que su intención original fue la de proteger relaciones contractuales bajo el TBI–, desproveya de sentido o efecto a una cláusula contractual, y no guardaba coherencia con el fin último del sistema de protección y promoción de inversiones. Incluso, autores del renombre de Lluís Paradell han dicho que este laudo no ofrece suficiente coherencia intelectual o mérito académico para constituir un precedente que deba ser observado a futuro.

2.2 SGS c. Filipinas

La disputa de SGS contra Filipinas también se relacionaba con la provisión de servicios de inspección pre-embarque de bienes importados de varios países. Durante la ejecución del contrato SGS cumplió con sus obligaciones, valuadas en alrededor de 680 millones de dólares. El gobierno filipino tan sólo canceló 540 millones, y la disputa se centraba en los 140 millones adeudados.

SGS demandó al Estado el 26 de abril de 2002 por violaciones a los estándares de trato justo y equitativo, protección contra la expropiación y haber inobservado la cláusula *Pacta Sunt Servanda* (o cláusula paraguas). El Estado presentó excepciones a la jurisdicción del Tribunal, que en un laudo parcial se declaró

competente sobre las violaciones al tratado y el incumplimiento contractual.

El Tribunal, en este caso, siguió la postura adoptada por el comité *ad hoc* de anulación del caso Vivendi, que sostuvo:

"[W]here the 'fundamental basis of the claim' is a treaty laying down an independent standard by which the conduct of the parties is to be judged, the existence of an exclusive jurisdiction clause in a contract between the claimant and the respondent state ... cannot operate as a bar to the application of the treaty standard. At most, it might be relevant –as municipal law will often be relevant– in assessing whether there has been a breach of the treaty."

3. LAS CLÁUSULAS PARAGUAS Y SU IMPORTANCIA PARA EL TEMA

3.1 La redacción de las cláusulas y sus consecuencias

El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia enumera los métodos que debe aplicar un tribunal o corte al que se someta una disputa de derecho internacional. Los tribunales arbitrales que deciden las disputas relacionadas a inversiones han aplicado los métodos que a continuación transcribimos:

- Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
- La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
- Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; y
- Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho.

En base a estos preceptos, el contenido de los TBIs se ha convertido en la fuente primordial –única en un muchos casos– de derecho sobre la que el juzgador debe fallar, y para interpretar los TBIs, las cortes y tribunales han preferido el método exegético para interpretar sus cláusulas y disposiciones.

Es por esto que los tribunales han prestado especial atención a los términos utilizados en cada Convención para llegar a un entendimiento de lo que las partes pretendían y del alcance de sus disposiciones.

Es por esto que importantes consecuencias jurídicas se han derivado de simples diferencias terminológicas. A continuación repasamos las diferencias en la redacción que han suscitado grandes debates doctrinarios:

i. Observar, asegurar, garantizar o respetar

Este es el punto alrededor del que se ha suscitado menos debate. La mayoría de las opiniones académicas coinciden en que las palabras observar, asegurar, garantizar y respetar son sinónimos, y que, para efectos prácticos, poseen el mismo valor jurídico; es decir, imponen el deber de no incumplir el compromiso adquirido por el Estado. Solamente existen pocas excepciones en este respecto, con TBIs como Italia-Jordania que dice: *“Cada parte contratante deberá crear y mantener en su territorio un marco legal apto para garantizar el tratamiento legal del inversor, incluyendo la ejecución, de buena fe, de todos los compromisos asumidos con cada inversor en particular”*. El tribunal de Salini c. Jordania entendió que, bajo esa disposición, cada parte contratante no se comprometía a observar alguna obligación que previamente haya asumido respecto de una inversión o inversor en específico [...], ni siquiera garantizaba el acatamiento de acuerdos contraídos entre el estado receptor de la inversión y el inversionista [...], solamente se comprometía a crear y mantener un marco jurídico que permita garantizar el cumplimiento de los

acuerdos vinculantes a los que se haya llegado con cada inversor.

Otros TBIs, por el contrario, califican el deber impuesto por esta cláusula, y limitan la protección prevista en la cláusula. Este es el caso del TBI Australia-Polonia que dice: "*Cualquiera de las partes contratantes deberá, de acuerdo a su derecho interno, y empeñando sus mejores esfuerzos, asegurar que las obligaciones suscritas por autoridades competentes del estado, sean observadas y respetadas.*"

ii. Obligaciones o compromisos

Alrededor de esta oposición terminológica, podemos encontrar diferencias de capital importancia, por ejemplo, ¿las obligaciones o compromisos deben vincularse directamente a una inversión? O ¿basta una relación incidental entre la obligación asumida y la inversión? El proyecto de cláusula paraguas redactado por el OECD argumenta que no basta con que exista una relación simplemente incidental, sino que el vínculo debe ser cierto para poder cubrir compromisos que no se relacionen con una inversión; sin embargo, para los redactores del proyecto mencionado, basta con que un inversionista haya actuado en base a un compromiso aceptado por el estado para que pueda someterse una diferencia a un tribunal internacional.

iii. Inversiones o inversores

Esta sutil diferenciación puede permitir, en última instancia, que la compañía madre y no sus subsidiarias sean las que presenten el reclamo ante el CIADI o algún foro para resolver diferencias de inversión. Si la cláusula únicamente se refiere a inversiones, entonces podría entenderse que las compañías madres, es decir, las que financiaron el proyecto, también tendrían *ius standi* para reclamar por la violación de un estándar de protección.

Por el contrario, si la cláusula se refiere a los inversores, entonces solamente tendrían posibilidad de reclamar las compañías que realizaron la inversión, es decir, las empresas subsidiarias.

iv. Asumidas o aceptadas

La discusión más importante a este respecto se suscita en el tipo de compromisos que puede vincular al inversionista y al Estado. Algunos tribunales han entendido que las obligaciones y compromisos llevan implícita alguna forma de aceptación, lo que nos llevaría a pensar que la protección se extiende tan solo a negocios jurídicos bilaterales. Otras opiniones, por el contrario, sostienen que cualquier tipo de vínculo que ate al estado con el inversionista está protegido por la cláusula. Es decir, no solo contratos u obligaciones bilaterales, sino también actos administrativos y actos normativos de carácter general en base a los que el inversionista haya actuado.

3.2 ¿Qué reclamos están cubiertos por las cláusulas paraguas?

De las diferencias explicadas anteriormente, la más importante y que merece especial atención para nuestro análisis es si la cláusula manda respetar *todos los compromisos* o simplemente *los compromisos*:

i. Todos los compromisos

La mayoría de la doctrina, cuando se encuentra frente a una cláusula paraguas que se refiere a *todos los compromisos*, entiende que son arbitrables las diferencias de origen contractual, e incluso las meramente comerciales. El Tribunal Arbitral del caso Fedax c. Venezuela conoció una disputa eminentemente comer-

cial, y que se relacionaba con la obligación de cancelar varios pagarés; en el mismo sentido, el Tribunal de SGS c. Filipinas, arbitró una disputa relacionada con un contrato de servicios.

Estos no son casos excepcionales; de hecho, importante jurisprudencia, como los laudos de la disputa entre *Joy Mining c. Egipto, Eureka y Noble Ventures*, han adoptado esta tendencia. Es más, autores como Schreuer, Crawford, Newcombe y Paradell han secundado esta posición. Según esta postura, si es que no se interpreta la frase *todos los compromisos* de manera amplia e incluyente, y se limita su aplicación a las disputas de inversión o íntimamente relacionadas con una inversión, se estaría desprovoyendo de sentido a las palabras, y de esta manera, alejándose de la voluntad de las partes al incluir esa frase.

ii. Obligaciones relacionadas a una inversión

Si bien la posición contraria es minoritaria, ha sido recogida por los tribunales de los casos *El Paso Energy, Pan American Energy, Sempra y Noble Ventures*. Ellos sostiene que se debe prestar atención a la naturaleza y objeto de los TBI; es decir, el derecho de inversión se creó con el propósito de incentivar, precisamente, las inversiones, y sería ilógico pensar que se pretendía dar protección a meras transacciones contractuales y prostituir el arbitraje de inversión.

4. CRÍTICA A LA APROXIMACIÓN NOMINALISTA

Eduardo Silva Romero, aterrizando sus conocimientos filosóficos en materia jurídica, distingue entre la interpretación nominalista y la interpretación realista del texto de un TBI.

La aproximación nominalista cifra la mayoría de sus esfuerzos en la literalidad de la cláusula o el artículo; de esta manera, y como se explicó anteriormente, si es que una cláusula para-

guas habla de todas las obligaciones, mientras otra habla simplemente de obligaciones o compromisos, las consecuencias jurídicas serán importantes.

Como explicamos, utilizando un método exegético de interpretación, a cláusula que se refiere a *todas las obligaciones* podría entenderse que protege todos los vínculos que aten jurídicamente al inversionista con el estado bajo el derecho aplicable (p.ej.: un contrato o un acto administrativo), incluso leyes o actos normativos de carácter general; mientras que la cláusula que se refiere simplemente a obligaciones o compromisos, no protegerá a *todos* los vínculos entre el inversionista y el estado, excluyendo así normas generalmente obligatorias².

Frente a esta disyuntiva, autores como Newcombe han recurrido al análisis de la cláusula paraguas realizado por la OECD, quien sostuvo que únicamente serían arbitrables actos unilaterales que estén realmente relacionados con la inversión, es decir, debe existir un vínculo suficiente que debe probarse, ya sea bajo la forma o términos específicos en que el acto o compromiso estaba redactado, o si se puede presumir que el inversor actuó sobre la base del compromiso unilateral. Para la OECD, como se mencionó anteriormente, no bastan meros vínculos incidentales

En el caso SGS c. Filipinas se aceptó que *todas las obligaciones*, significa que son arbitrables declaraciones unilaterales de voluntad, actos administrativos y normas de carácter general; pero el Tribunal del caso SGS c. Filipinas, opinó que incluso garantías pre contractuales y *letters of confort* son vínculos que atan al estado.

Hasta ahora, todos los casos mencionados guardan referencia con una aproximación nominalista; la propuesta de Silva Romero es crear conceptos jurídicos homogéneos, que superen las vagas disquisiciones semánticas y puedan crear reglas claras

2. Newcombe y Paradell citan como ejemplo del primer caso el TBI entre las Filipinas y el Reino Unido, y del último los TBIs Pakistán-Suiza y Senegal-Estados Unidos.

sobre las cláusulas paraguas y el derecho de inversión en general. No tiene sentido crear incertidumbre jurídica por exagerar la interpretación exegética; es decir, los estados signatarios de un TBI deben tener presente las consecuencias jurídicas de los convenios que suscriben, y no pueden estar a la merced de la interpretación de un tribunal.

Si bien las diferencias semánticas son importantes, no podemos sobredimensionar el valor de dos sinónimos utilizados en contextos idénticos. Se debe prestar atención a la redacción literal, únicamente cuando en ella se pueda encontrar la modificación sustancial de una regla, y no solamente cuando se utilizan términos intercambiables de idéntico significado.

5. CLÁUSULAS SIMILARES

En un inicio, y a la luz de los dos casos SGS, la doctrina sostuvo que frente a TBIs en donde no existía una cláusula paraguas, bastaba con que una cláusula autorice al inversionista a elevar su reclamo por "cualquier controversia" o "cualquier disputa relacionada a una inversión" para que se pueda acceder al foro arbitral. Sin embargo, esta posición ha sido revisada, al punto que se distinguen completamente los reclamos contractuales de los reclamos que puedan hacerse bajo un tratado.

Breves reflexiones sobre el “Arbitraje fast track”

Rodrigo Jijón Letort*
Juan Manuel Marchán**

SUMARIO

1. Introducción. 2. Jurisdicción convencional y modificación de la cláusula compromisoria. 3. Autonomía de la voluntad. 4. La cláusula arbitral. 5. Compromisos especiales: el *fast track arbitration*. 5.1. Concepto de *fast track arbitration*. 5.2. Qué es el *fast track arbitration*. 5.3. Cómo llegar al *fast track arbitration*. 5.4. Por qué utilizar *fast track arbitration*. 5.5. Cuándo utilizar *fast track arbitration*. 6. Experiencia y profesionalismo son necesarios en *fast track arbitration*. 7. Consideraciones prácticas para el correcto uso del *fast track arbitration*. 8. Algunos problemas del *fast track arbitration*. 8.1. Orden público y debido proceso. 8.2. Obligaciones de los tribunales arbitrales. 8.2.1. Obligación de aplicar la diligencia debida. 8.2.2. Obligación impuesta por las partes. 8.3. Tiempo suficiente para la defensa. 9. Conclusiones.

* Socio, Pérez Bustamante & Ponce, Profesor de Derecho Procesal Civil de la Universidad San Francisco de Quito (USFQ), Presidente del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Abogado y Doctor en Jurisprudencia, PUCE, LL.M Tulane University School of Law.

** Asociado, Pérez Bustamante & Ponce, Profesor de Arbitraje Comercial Internacional, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), Miembro del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Abogado y Doctor en Jurisprudencia, PUCE, LL.M. y receptor del *Parker School Recognition for Achievement in Comparative and International Law*, Columbia University School of Law.

Los autores agradecen la colaboración dada por Verónica Chiribuga, Secretaria del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje para la realización de este artículo.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad las controversias que se someten a la resolución de los diversos tribunales arbitrales han ido creciendo en complejidad, cuantía y partes involucradas, lo que ha hecho que inevitablemente los arbitrajes, especialmente de inversión, duren varios años.

La mayoría de arbitrajes suponen un sustancial intercambio de memoriales, audiencias de jurisdicción y fondo, declaraciones de testigos y expertos, y sustanciales períodos de deliberación de los árbitros, lo que conlleva el paso de un significativo período de tiempo antes de que se dicte el laudo arbitral.

Es en este escenario que el *fast track arbitration* se convierte en una muy valiosa herramienta para que las partes adecuen la sustanciación del proceso arbitral a sus necesidades más urgentes y que así la decisión sea entregada a las partes en un plazo razonable.

El presente artículo tiene como objeto hacer una breve introducción a lo que se conoce en la doctrina como el *fast track arbitration*, y cómo se ha ido convirtiendo en una herramienta para adaptar el desarrollo de los diversos arbitrajes a plazos más cortos y exigiendo a los árbitros a resolver las controversias sometidas a su conocimiento con mayor rapidez.

2. JURISDICCIÓN CONVENCIONAL Y MODIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

El arbitraje nace de la jurisdicción convencional, es decir del acuerdo de las partes.¹ Debe haber una concurrencia de voluntades para que se abandone la justicia ordinaria y que las partes

1. SALCEDO Verduga, Ernesto, "El Arbitraje. La Justicia Alternativa", Editorial Distribib, 2da Edición, p. 18.

sometan sus conflictos a un tribunal arbitral. Para esto, el principio fundamental es el de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que con el acuerdo entre ellas nace la posibilidad del acuerdo arbitral. La libertad de las partes para elegir el arbitraje como la vía idónea para resolver sus diferencias y conflictos encuentra su fundamento en el principio jurídico de la autonomía de la voluntad.²

3. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

El principio de la autonomía de la voluntad de las partes puede ser considerado como la base del arbitraje, inclusive se lo aprecia como su fuente principal.³ Es la voluntad de las partes la que permite utilizar el arbitraje como método alternativo a la solución de conflictos. Además, es el principio rector en la determinación del procedimiento que las partes decidan seguir dentro del proceso arbitral.⁴

Este principio sigue los pasos del Protocolo de Ginebra de 1923, que establece que *"el arbitraje, incluida la constitución del tribunal arbitral, se regirá por la voluntad de las partes..."*⁵, y de la Convención de Nueva York, en virtud de la cual puede denegarse el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral extranjera si *"el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes"*⁶.

Es a partir del principio de la autonomía de la voluntad que las partes pueden escoger qué proceso seguir, y por ende, tienen como opción, además del arbitraje tradicional, el *fast track arbitration* el que ofrece un arbitraje con periodos de tiempo más cortos y más adecuado a las necesidades de los litigantes.

2. BARRAGÁN, Luis Alfredo. "El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica." Marco legal y jurisprudencial, La Ley grupo Wolters Kluwer, p. 204.

3. SALCEDO, idem, p. 52.

4. CAIVANO Roque J. "Arbitraje. Ad-Hoc." 2da Edición, Editorial Ad-Hoc S.R.L., p. 82

5. Protocolo de Ginebra de 1923, artículo 2.

6. Convención de Nueva York, artículo V.1(d).

Ahora bien, todos los actos voluntarios están sometidos a reglas de derecho, y la autonomía mencionada tiene como límite los principios y normas que están establecidos en la ley y que no pueden ser modificados por las partes.⁷

4. LA CLÁUSULA ARBITRAL

Existen dos tipos básicos de acuerdo entre las partes: el compromiso arbitral y la cláusula compromisoria.⁸ El primero es un acuerdo entre las partes para someter el conflicto a arbitraje cuando la controversia ya existe. La segunda es la más común, y normalmente es una cláusula que está integrada al contrato principal existente entre las partes y que contiene el acuerdo de someter a arbitraje las posibles controversias que se puedan dar en un futuro.⁹

Refiriéndonos a la cláusula, es en ésta donde queda plasmado el consentimiento de las partes para someterse a arbitraje.¹⁰ En términos generales, a la cláusula arbitral se le atribuye el carácter de convención civil¹¹ debido a la naturaleza contractual que tiene. Es por esto que, sustentándose en la autonomía de la voluntad, la cláusula permite establecer que las partes sean quienes elijan el procedimiento a seguir.

5. COMPROMISOS ESPECIALES: *EL FAST TRACK ARBITRATION*

Dentro de la cláusula arbitral, las partes pueden: (i) pactar plazos específicos para reducir el tiempo para dictar el laudo

7. REDFERN, Alon y otros. "Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional." Edit. Thomson Aranzadi, 4ta Edición. p. 390

8. MARCHÁN, Juan Manuel y ANDRADE XAVIER, "El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica." Marco legal y jurisprudencial. La Ley grupo Wolters Kluwer, p. 325.

9. BARRAGÁN. Ver pie de página 2.

10. REDFERN, *idem*, p. 219.

11. CAIVANO, *idem*, p. 115.

arbitral y (ii) determinar si someterán la controversia a arbitraje tradicional, o si desean hacerlo, pueden dirimirla a través de compromisos especiales como es el *fast track arbitration*.

5.1 Concepto de *fast track arbitration*

El *fast track arbitration* es un tipo de arbitraje diseñado para ser más rápido, de tal suerte que la controversia se pueda dirimir en el menor tiempo posible.

De acuerdo con varios autores, como BENJAMIN DAVIS¹², las características generales del proceso de *fast track arbitration* se pueden resumir de la siguiente manera:

"The term fast track arbitration is used to refer to an arbitration which has been commenced on the basis of a specific type of arbitration clause, defining which disputes may be submitted to fast track procedures, and within what time-limits. These potential disputes referred to in a contract are considered by the parties to require, and be capable of, expedited resolution."

El *fast track arbitration* se refiere a un proceso arbitral acelerado.

Cabe recalcar que no es necesario que el proceso *fast track* esté previamente establecido en la cláusula arbitral, ya que éste puede ser adoptado por las partes con o sin modificación, antes o después de que aparezca la disputa, por medio de una cláusula o acordando usar este mecanismo acelerado de arbitraje a través de un compromiso.¹³

12. DAVIS Benjamin, "International Fast Track Commercial Arbitration, en COMPARATIVE LAW YEARBOOK OF INTERNATIONAL BUSINESS", p. 337.

13. CANTUARIAS Salaverry, Fernando. "Arbitraje comercial y de las inversiones." Edit. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, 1era Edición. p. 201.

5.2 Qué es el *fast track arbitration*

El arbitraje se ha ido desarrollando mucho en los últimos años, y paralelamente a este desarrollo se han diseñado diferentes métodos que permiten a los tribunales arbitrales moverse con mayor celeridad.

En la década de los noventa, con la expansión de la utilización de esta forma de resolución de controversias, se produjo entre los usuarios del arbitraje un sentimiento de frustración por el largo tiempo que transcurría entre el inicio del proceso arbitral y la emisión del laudo por parte del tribunal arbitral.¹⁴ Los comerciantes que litigaban en tribunales arbitrales consideraban que los costos eran muy altos, y además que el proceso arbitral tomaba demasiado tiempo. Esto ocurre en su mayoría en arbitrajes de inversión donde los árbitros son personas extremadamente ocupadas.¹⁵

Como consecuencia a las críticas expuestas por los mismos usuarios del arbitraje, las instituciones de arbitraje más importantes, especialmente la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, comenzaron a buscar soluciones al problema de la celeridad¹⁶. Es así como aparece el *fast track arbitration* como una solución a los demorados periodos que tomaba el proceso arbitral tradicional.

5.3 Cómo llegar al *fast track arbitration*

Las partes pueden elegir las reglas que se aplicarán en el proceso *fast track* mediante:

- Cláusula *Taylor made*, confeccionada según los intereses, necesidades y circunstancias de cada caso.

14. REDFERN, *idem* p. 413.

15. REDFERN, *idem* p. 413.

16. REDFERN, *idem* p. 414.

- Reglas institucionales que están previamente establecidas¹⁷.

Algunos comentaristas consideran que las reglas institucionales del proceso *fast track* deben tener un conjunto de reglas especiales, mientras otros creen que procesos suplementarios modelo deben ser propuestos adicionalmente de las reglas arbitrales.¹⁸ Ciertos practicantes prefieren crear sus propias cláusulas *fast track* y fijar sus plazos o términos, mientras otros consideran que es demasiado riesgoso fijar fechas límite muy cortas, pues esto podría llegar a arruinar el proceso arbitral.¹⁹

5.4 Por qué utilizar *fast track arbitration*

La celeridad es uno de los beneficios más importantes del arbitraje, es lo que las partes esperan tener dentro de un proceso arbitral y es esto precisamente lo que el *fast track arbitration* ofrece a aquellos que optan por esta alternativa. El *Fast track arbitration* no es aconsejable para todo tipo de procedimientos arbitrales, sin embargo es imperativo utilizarlo cuando la necesidad de obtener una decisión en el menor tiempo posible es de capital importancia. En definitiva, se busca acelerar el arbitraje reduciendo el tiempo entre la petición de las partes para entrar al proceso arbitral y la emisión del laudo²⁰.

Otra de las razones sobre porque utilizar el *Fast track arbitration* es para reducir considerablemente los costos del arbitraje que en muchos casos no son proporcionales al monto de la controversia en disputa²¹.

17. Existen reglas de *fast track arbitration* en algunas instituciones tales como la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), la Cámara de Comercio Suiza (SCC) y la Corte de Arbitraje de Madrid (CAM).

18. D.C. Downie, "Fast Track International Commerce Arbitration: Proposed Institutional Rules", 2(4) p. 473.

19. DAVIS Benjamin, LAGACE Odette, VOLKOVITSCH Michael, "When Doctrine Meet: Fast Track Arbitration and the ICC Experience", 10(4) p. 69.

20. VON KRAUSE, Christoph. "Tips for Fast Track Arbitration: The Procedural Tools Available." White & Case LLP - Publications. 2009.

21. ARIAS David, Fast-track arbitration: An option worth seriously considering, disponible en <http://www.chambersmagazine.co.uk/Article/International-Arbitration-Expert-Opinion-Fast-track-arbitration-An-option-worth-seriously-considering>, último acceso Agosto 25, 2010.

De la misma manera es importante señalar que este tipo de arbitraje funciona solamente si las partes tienen un igual compromiso para realizar el proceso de esta manera. Tanto las partes como el Tribunal Arbitral deben estar dispuestos a colaborar de forma apropiada para acortar los plazos.

5.5 Cuándo utilizar *fast track arbitration*

Normalmente, con el consentimiento de las partes se puede utilizar este tipo de proceso acelerado en casi todo tipo de disputa. Sobre todo cuando lo que las partes buscan es una solución pronta y que el proceso se dé con celeridad y velocidad²². Sin embargo, no es aconsejable usar arbitraje acelerado cuando el tema del conflicto sea algo demasiado técnico, ya que en esos casos la investigación se debe dar con peritos, la argumentación debe ser extensa y todo acto debe ser motivado. Todas estas consideraciones toman tiempo y no pueden ser resueltas a conciencia si los periodos de tiempo son extremadamente limitados.

Dependiendo de la naturaleza de la disputa, su complejidad y las circunstancias del caso se debe analizar si el *fast track arbitration* es o no apropiado.

6. EXPERIENCIA Y PROFESIONALISMO SON NECESARIOS EN *FAST TRACK ARBITRATION*

La utilización del *fast track arbitration*, por su complejidad, requiere que tanto las partes como los árbitros sean capaces de conducir el procedimiento con profesionalismo y eficiencia, sin por esto sacrificar la importancia de contar con un laudo arbitral justo y en derecho.

22. LEW D.M., Julian y otros. "Comparative International Commercial Arbitration." Kluwer Law International. p. 175.

No es recomendable arriesgarse a entrar a un arbitraje acelerado si ni las partes, sus abogados o los árbitros han tenido experiencia previa en este tipo de procesos, sobre todo si el tema del arbitraje es complejo.²³

El *fast track arbitration* no debe ser tomado a la ligera, ya que tiene ciertos riesgos. Algunos de estos riesgos son: (i) la dificultad de encontrar árbitros experimentados y dispuestos a trabajar con periodos de tiempo limitados, (ii) el riesgo de obtener una decisión insatisfactoria debido a la presión al tener poco tiempo, (iii) el riesgo de no poder cumplir con el plazo establecido, etc.²⁴ Uno de los mayores riesgos existentes con la utilización del proceso *fast track* es que la parte que ha perdido el arbitraje, puede sentir que el tribunal no argumentó lo suficiente sobre un punto importante o que el laudo no está suficientemente motivado. De esta manera se estaría yendo en contra del debido proceso, la parte inclusive puede llegar a argumentar que el tribunal le ha dejado en indefensión al no tomar en cuenta ciertos puntos que eran relevantes para la controversia.

Otro riesgo puede ser la existencia de límites de tiempo demasiado cortos que son impuestos a la parte que se defiende. Puede darse que el plazo sea tan corto que la parte no pueda preparar bien su defensa, y que debido a esto la resolución del tribunal le afecte negativamente, puesto que por lo general el actor tendría suficiente tiempo para preparar su demanda.

7. CONSIDERACIONES PRÁCTICAS PARA EL CORRECTO USO DEL *FAST TRACK ARBITRATION*

Las partes que estén dispuestas a utilizar el *fast track arbitration* cuando tengan un conflicto ya existente deben tener en

23. VON KRAUSE, Christoph. "Tips for Fast Track Arbitration: The Procedural Tools Available." White & Case LLP - Publications, 2009.

24. PHILIPPE, Mirce. "Are Specific Fast Track Arbitration Rules Necessary?" en: <http://www.arbitralwomen.org/files/publication/0105202718125.PDF>

cuenta algunas consideraciones prácticas para evitar encontrarse con dificultades una vez que el proceso ya haya iniciado. Estas consideraciones son las siguientes²⁵:

1. **La competencia de las partes.**- Cada parte debe asegurarse de que la otra tiene la capacidad de enfrentar un proceso *fast track*. Ambas partes deben tener el mismo compromiso e interés en resolver la controversia de manera acelerada.²⁶
2. **Ausencia de impedimentos legales.**- Antes de entrar al proceso *fast track*, las partes deben estar legitimadas y deben asegurarse de que la legislación vigente del lugar del arbitraje permita este tipo de arbitraje.²⁷
3. **Cláusula arbitral debidamente redactada.**- La cláusula arbitral debe ser clara, para evitar confusiones y poder probar que las partes están sometidas a arbitraje.
4. **Naturaleza del contrato.**- Las partes deben analizar la naturaleza del contrato y ver si la controversia puede ser resuelta en un proceso acelerado.²⁸ En la cláusula deben quedar expuestas qué tipo de controversias pueden ser llevadas a arbitraje.
5. **Límites de tiempo razonables.**- Es fundamental establecer los límites de tiempo, especificando cuando comienzan y cuando terminan. Es recomendable que las partes establezcan en la misma cláusula arbitral las consecuencias del incumplimiento de la emisión del laudo en el periodo de tiempo acordado, y qué autoridad puede tener el poder de extender dicho periodo.²⁹

Sea cual sea el periodo de tiempo acordado para el arbitraje, el debido proceso permanece como regla fundamental. Para evitar que el laudo sea anulable por quejas de que hubo violación al debido proceso, se recomienda que las partes confirmen que tuvieron suficiente oportu-

25. PHILIPPE. Ver pie de p. 24.

26. DAVIS, Benjamin. "Fast Track Arbitration and Fast-Tracking your Arbitration," 9(4) p. 43.

27. DAVIS y otros. Ver pie de página 12.

28. DAVIS y otros. Ver pie de página 12.

29. DAVIS. Ver pie de página 26.

nidad de presentar su caso antes de cerrar el proceso arbitral.³⁰

6. **El marco apropiado.**- Las partes deben estudiar las reglas arbitrales disponibles y escoger cuales son aptas para usar en un proceso *fast track*, o seleccionar una institución capaz de administrar un *fast track arbitration*.³¹
7. **Medidas que ahorren tiempo.**- las partes pueden ahorrar tiempo si tienen una cláusula arbitral debidamente redactada y que sea inequívoca, porque de esta manera no pierden tiempo buscando una institución o examinando la competencia de los árbitros.³²
8. **El número de árbitros.**- Si la naturaleza de la disputa lo permite vale la pena analizar si se necesitarán tres árbitros, como es usual, o si se contará solamente con un árbitro.³³ A veces en *fast track* se cuenta con solamente un árbitro, ya que toma menos tiempo que una sola persona alcance una decisión, a que lo hagan tres en conjunto.
9. **Independencia de los árbitros.**- Las partes deben asegurarse de que la independencia de los árbitros no sea dudosa, y si es posible, estar preparados a proponer otro árbitro si la independencia de uno de ellos es cuestionable.³⁴
10. **Contar con los recursos disponibles.**- Las partes, sus abogados, los árbitros y hasta la institución donde se dé el arbitraje deben ser capaces de trabajar con el proceso *fast track*. Deben estar concientes y dispuestos a trabajar con periodos de tiempo cortos y deben conocer lo que es un arbitraje acelerado. BENJAMIN DAVIS señala, "*Fast track arbitration may be achievable if the parties are willing to cooperate fully, if the lawyers' submissions are of a high quality, if the arbitrators are authoritarian without being rigid, and if all the participants comply with the tight schedules*"³⁵.

30. SMIT, Hans. "Fast-Track Arbitration," 2(2) p. 138.

31. NICKLES, Peter J. "Fast-Track Arbitration: Different Perspectives," 3(2) p. 9.

32. PHILLIPE. Ver pie de página 24.

33. PHILLIPE. Ver pie de página 24.

34. VON KRAUSE. Ver pie de página 20.

35. DAVIS Benjamin, "Laying Down a Gauntlet: The Thirty-Six Hour Chairman", 3(1), p. 170.

Se debe tomar las precauciones necesarias para que la cláusula arbitral que lleve al *fast track arbitration* tenga límites de tiempo razonables, con la finalidad de que el arbitraje pueda darse efectivamente. Si se excede en los límites de tiempo y los hace demasiado cortos, sería una cláusula ineficaz.

8. ALGUNOS PROBLEMAS DEL *FAST TRACK ARBITRATION*

8.1 Orden público y debido proceso

Existen tratadistas, como ALAN REDFERN, que consideran que el árbitro siempre debe tener en consideración el orden público y que éste es una restricción a la autonomía de la voluntad de las partes. Las partes no pueden otorgar poderes al tribunal que pudieran provocar que el arbitraje se lleve a cabo en forma contraria a las disposiciones del orden público del Estado en donde tiene lugar el arbitraje³⁶. Ciertos principios tales como el debido proceso deben siempre ser tomados en cuenta y jamás ser sacrificados por la voluntad de las partes de tener un arbitraje en tiempos excesivamente cortos.

8.2 Obligaciones de los tribunales arbitrales.

8.2.1 *Obligación de aplicar la diligencia debida*

Existen determinadas profesiones, como lo es la abogacía, en las que se presume que el profesional se encuentra obligado a llevar a cabo tareas que son parte de su profesión con la diligencia debida y con el nivel de destreza adecuada.

36. REDFERN y otros. Ver pie de página 7.

Parece apropiado esperar que el árbitro actúe siempre con la debida diligencia,³⁷ ya que las partes en un proceso arbitral confían al tribunal una tarea muy importante por la que están dispuestos a pagar, es evidente que existe claramente una obligación moral en tal sentido.

8.2.2 Obligaciones impuestas por las partes

Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad de las partes es esencial para el proceso arbitral, ¿qué sucede cuando el plazo que dieron las partes es demasiado corto y el árbitro sabe que probablemente no alcance a dictar un laudo razonable en ese periodo de tiempo? ¿Es obligación del árbitro cumplir con dicho plazo, sin importar que pueda haber violaciones al debido proceso? Se podría sostener que al trabajar tan rápido, el árbitro no está siendo diligente, afectando así al orden público? Es importante que el árbitro analice detenidamente el caso previo a aceptar su mandato arbitral, ya que en ciertos países como el Ecuador, las razones que justifiquen la excusa de un árbitro son limitadas³⁸.

Una vez aceptado dicho mandato, el árbitro está obligado a cumplir los plazos establecidos por las partes, y si no lo hace, cae en lo que se conoce como *Functus officio*.³⁹ Esto no es causal de nulidad del laudo arbitral en la legislación ecuatoriana⁴⁰, pero en otras legislaciones si se ha contemplado que dictar el laudo fuera de plazo es una causal de nulidad⁴¹.

Esto da a entender que el árbitro debe hacer un análisis previo antes de aceptar participar en el proceso arbitral, ya que una

37. REDFERN y otros. Ver pie de página 7.

38. Véase MARCHÁN Juan, y ANDRADE Xavier, *idem*, pp. 335-337.

39. LEW D M., Julian y otros. Ver pie de página 19.

40. Véase MARCHÁN Juan, y ANDRADE Xavier, *idem*, pp. 340-344.

41. La Ley de Arbitraje Persana recientemente adoptada establece en su artículo 63 que el laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicitada la anulación alegue y pruebe: "(g) Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el Tribunal arbitral".

vez aceptado el mandato queda obligado a cumplir. "El árbitro debe verificar el compromiso antes de aceptar el nombramiento para asegurarse de que no le impongan obligaciones que excedan el principio de razonabilidad o que sean imposibles de cumplir."⁴²

8.3 Tiempo suficiente para la defensa

Es importante aclarar que al tener un *fast track arbitration* uno de los mayores riesgos es que, al ser un proceso tan rápido, la parte acusada podría no contar con el tiempo suficiente necesario para preparar debidamente su defensa.

En la Constitución de la República del Ecuador encontramos garantías constitucionales referentes al derecho de las personas a la defensa, que siempre deben ser respetadas de acuerdo con el principio de supremacía constitucional.

Así señala el artículo 76 de la Constitución Ecuatoriana:

"Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

Numeral 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa."

Tener el tiempo necesario para preparar la debida defensa es un derecho constitucional y debe ser acatado bajo cualquier circunstancia. Al ser un derecho constitucional está garantizado, y la utilización de procesos demasiado cortos puede llegar a atentar contra este derecho.

42. REDFERN, Alan y otros. "Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional." 4ta Edición, p. 352.

9. CONCLUSIONES

- Como señala acertadamente David Arias en la actualidad los arbitrajes internacionales se han caracterizado por sus altos costos y por la voluminosa documentación constante en los diversos expedientes, lo que hace que la decisión final de los árbitros tome en el mejor de los casos más de un año.
- Es momento que el arbitraje se re-encuentre con sus principios rectores de eficiencia en tiempo y en costos, que son las razones principales por las cuales se acude a este mecanismo alternativo de solución de controversias.
- Instituciones como la Corte Internacional de Arbitraje, a través de su comisión han propuesto a la comunidad arbitral el documento denominado "*Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*"⁴³, que dan una serie de sugerencias para que el arbitraje sea más ágil y menos costoso.
- Al redactar la cláusula arbitral debe tenerse mucho cuidado de que por querer tener una decisión en un tiempo reducido, sacrifiquemos el derecho a la defensa o el tiempo que tendrán los árbitros para dictar una decisión adecuada.
- Sin duda el mecanismo del *fast track arbitration* es el más idóneo y efectivo para tener control del tiempo de duración del proceso y de los costos del arbitraje.

43. Véase: http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/TimeCost_E.pdf, último acceso 23 de agosto de 2010.